

Гр. нр
р-64

В. В. РОЗЕНБЕРГЪ.

Приватъ-доцентъ Императорскаго Спб. Университета.

Л. М.

18. VII.

1915.

ФИРМА.

ДОГМАТИЧЕСКІЙ
ОЧЕРКЪ.



С.-ПЕТЕРБУРГЪ.

ТИП. РЕД. ПЕРИОД. ИЗД. М-ВА Ф-ВЪ.

1914.

СП6ГУ

Незабвенной памяти

Перваго русскаго коммерсалиста

профессора

Петра Павловича

Цитовича.

СПбГУ

Правопорядокъ русскаго торговаго оборота принадлежитъ къ числу наименѣ совершенныхъ, является значительно отсталымъ и не отвѣчающимъ требованіямъ современной торговли и промышленности. Русская наука торговаго права, которая должна служить естественнымъ факторомъ, способствующимъ переходу отъ дѣйствительности настоящаго къ болѣе совершенному будущему, весьма молода и соотвѣтственно этому литература предмета весьма не богата. Научное изученіе торговаго права началось только сорокъ пять лѣтъ тому назадъ, когда въ 70-годахъ прошлаго столѣтія проф. Цитовичъ началъ въ Новороссійскомъ университетѣ чтеніе лекцій по этому предмету.

При этихъ условіяхъ понятно, что на каждомъ, кто причастенъ къ занятіямъ торговымъ правомъ, лежитъ особливая обязанность дѣлиться результатами всѣхъ своихъ работъ съ другими, интересующимися этими вопросами, лицами. Только въ силу приведеннаго соображенія авторъ рѣшилъ предать гласности, безъ всякихъ измѣненій и переработки, рядъ статей, напечатанныхъ въ 1913 и 1914 годахъ въ «Вѣстникѣ Финансовъ, Промышленности и Торговли», ибо по актуальнымъ вопросамъ дѣйствительности, а къ числу ихъ принадлежитъ тема настоящаго очерка, жизнь не ожидаетъ полного завершенія копотливыхъ кабинетныхъ изысканій. Предлагаемый вниманію читателей очеркъ страдаетъ поэтому всѣми недостатками работъ, написанныхъ на спѣхъ и притомъ не сразу, а по частямъ, другими словами, въ немъ, вѣроятно, отсутствуютъ свойства монолита. Указанныя обстоятельства постепеннаго возникновенія настоящей работы объясняютъ также и то, что въ первыхъ главахъ не могъ быть использованъ проектъ фирменнаго закона Министерства Торговли и Промышленности, опубликованный въ маѣ 1914 года. Во вся-

комъ случаѣ авторъ далекъ отъ притязанія видѣть въ этомъ очеркѣ чисто научную работу. Цѣль періодическихъ изданій Министерства Финансовъ—давать теоретически-практическую обработку вопросовъ, и этимъ требованіямъ соотвѣтствовали статьи, изъ которыхъ сложился настоящій трудъ.

Въ заключеніе два слова по поводу посвященія этого скромнаго труда памяти выдающагося русскаго коммерсалиста.

На долю автора выпала высокая честь быть послѣднимъ по времени ученикомъ незабвеннаго Петра Павловича Цитовича, ученикомъ его старости. Въ первые годы послѣ университетскихъ занятій торговымъ правомъ научное міросозерцаніе автора слагалось подъ вліяніемъ многочисленныхъ и продолжительныхъ бесѣдъ съ покойнымъ Петромъ Павловичемъ, а всѣ, кто зналъ при жизни проф. Цитовича, и помнятъ его огромный и оригинальный умъ, колоссальныя знанія, необыкновенную остроту критическихъ сужденій, живой, совершенно своеобразный языкъ, поймутъ, какую сокровищницу открывалъ онъ передъ неофитомъ науки и какъ многому можно было научиться...

Настоящая работа является первой по времени, выпускаемой авторомъ въ свѣтъ послѣ смерти Петра Павловича. Лишенный возможности слышать отзывъ своего незабвеннаго учителя объ этомъ трудѣ, подобно тому, какъ это имѣло всегда мѣсто по отношенію къ предшествующимъ, авторъ, въ моментъ выпуска въ свѣтъ очерка о фирмѣ, чувствуетъ неодолимое желаніе благоговѣйно почтить память того, кому онъ такъ много обязанъ.

Павловскъ,
26 мая 1914 года,
въ День Св. Духа.

О г л а в л е н і е.

ГЛАВА ПЕРВАЯ.

Фирма и отграниченіе ея отъ смежныхъ понятій.	СТР.
I. Фирма и торговое имя	1
II. Понятіе предпріятія	10
III. Фирма есть названіе и воплощеніе цѣлостности предпріятія	21
IV. Торговое заведеніе	29
V. Вывѣска	41

ГЛАВА ВТОРАЯ.

Сложеніе фирмы.

I. Основные принципы сложенія фирмы	52
II. Истинность фирмы—корпусъ фирмы и добавленія	56
III. Исключительность фирмы	70
IV. Постоянство фирмы	82
V. Критика основныхъ принциповъ сложенія фирмы	95

ГЛАВА ТРЕТЬЯ.

Фирменное право.

I. Право на фирму	101
II. Употребленіе фирмы	114
III. Распоряженіе фирмою	124
IV. Переходъ фирмы	134
V. Распоряженіе фирмою по русскому праву. Фирма филиаль. Прекращеніе фирменнаго права	146

ГЛАВА ЧЕТВЕРТАЯ.

Защита фирмы.

I. Публично и частно-правовая защита права на фирму	155
II. Охрана фирмы и торговаго имени въ области международныхъ отношеній	168
III. Способы защиты права на фирму: уголовная репрессія, гражданскіе иски объ убыткахъ и о воспрепещеніи неправомѣрнаго употребленія фирмы	173

ОТДЕЛЕНИЕ

КАБИНЕТ

1. В 1917 году в отделе было 10 человек.
2. В 1918 году в отделе было 12 человек.
3. В 1919 году в отделе было 15 человек.
4. В 1920 году в отделе было 18 человек.
5. В 1921 году в отделе было 20 человек.

6. В 1922 году в отделе было 22 человека.
7. В 1923 году в отделе было 25 человек.
8. В 1924 году в отделе было 28 человек.
9. В 1925 году в отделе было 30 человек.
10. В 1926 году в отделе было 32 человека.

11. В 1927 году в отделе было 35 человек.
12. В 1928 году в отделе было 38 человек.
13. В 1929 году в отделе было 40 человек.
14. В 1930 году в отделе было 42 человека.
15. В 1931 году в отделе было 45 человек.

16. В 1932 году в отделе было 48 человек.

17. В 1933 году в отделе было 50 человек.
18. В 1934 году в отделе было 52 человека.
19. В 1935 году в отделе было 55 человек.
20. В 1936 году в отделе было 58 человек.
21. В 1937 году в отделе было 60 человек.

ГЛАВА ПЕРВАЯ.

I.

Подобно тому какъ въ гражданскомъ быту имя необходимо для различенія правоотношеній между отдѣльными правоспособными субъектами, точно также подобная же потребность, и даже въ значительно усиленной степени, ощущается и въ торговомъ оборотѣ. Въ виду особенностей тѣхъ формъ, въ которыхъ протекаетъ торгово-промышленная дѣятельность, индивидуализирующія наименованія гораздо многочисленнѣе, чѣмъ въ гражданскомъ оборотѣ, ибо эти наименованія относятся къ различнымъ элементамъ, играющимъ ту или другую роль въ торгово-промышленной жизни. На этомъ поприщѣ встрѣчаются и гражданское имя купца или промышленника, и названіе его предпріятія, и наименованія заведеній, принадлежащихъ одному предпріятію. Всѣ эти клички служатъ для отличія одной индивидуальной дѣятельности отъ другой, одной субъективной правовой сферы отъ всѣхъ прочихъ, но все же каждая изъ нихъ имѣетъ свое собственное особое значеніе, съ каждой связаны свои особые правовые послѣдствія.

Отъ того, что данное лицо стало самостоятельнымъ профессиональнымъ торгово-промышленнымъ дѣятелемъ, оно не утратило, конечно, права пользоваться своимъ гражданскимъ именемъ; но, по особенностямъ торговаго быта, право на гражданское имя претерпѣваетъ такіа преломленія, какихъ не знаетъ гражданское право (напр. передача имени другому лицу). Поэтому, въ отличіе отъ гражданскаго имени, можно съ нѣкоторымъ основаніемъ говорить объ имени торговомъ (*nom commercial*, *Handelsname*). Упомянутыя измѣненія настолько существенны,

что можно даже усомниться, можно ли еще характеризовать торговое имя, какъ личное имя, и не слѣдуетъ ли его относить къ тому, не совсѣмъ еще выясненному, но, несомнѣнно, существующему обособленному цѣлому, которое носить названіе торгово-промышленнаго предпріятія. Въ тѣхъ законодательствахъ, въ которыхъ превращеніе торговаго имени изъ названія лица въ названіе предпріятія получило болѣе ясное и опредѣленное выраженіе (а этому весьма способствуетъ торговый реестръ), стало особо употребительнымъ терминомъ слово фирма.

Въ нѣкоторыхъ отрасляхъ торгово-промышленной дѣятельности (напр. ресторанный-гостиничной, аптекарской и т. п.) принято давать особые имена заведеніямъ предпріятія. Въ тѣхъ случаяхъ, когда предпріятіе содержитъ одно заведеніе, можетъ быть сильный соблазнъ смѣшенія и отождествленія имени заведенія съ именемъ предпріятія. Однако, между ними, по серьезнымъ практическимъ соображеніямъ, необходимо проводить строгое различіе и, вмѣстѣ съ торговымъ именемъ и фирмою, считается также съ особымъ существованіемъ и имени торгово-промышленнаго заведенія.

Уже изъ предшествующихъ строкъ очевидно, что въ торговомъ быту центральное мѣсто принадлежитъ фирмѣ. Тѣмъ не менѣе, несмотря на то, что ученіе о фирмѣ является основнымъ камнемъ построенія всей системы торгово-промышленныхъ правоотношеній, фирменное право продолжаетъ оставаться одною изъ недостаточно разработанныхъ проблемъ науки и получаетъ поэтому не правильное и неполное изображеніе въ положительномъ законодательствѣ различныхъ государствъ ¹⁾). Вслѣдствіе этого, хотя и нѣтъ ни одного законодательства, которое не содержало бы въ себѣ какихъ либо постановленій о фирменномъ правѣ, однако, даже самыя передовыя изъ нихъ возбуждаютъ много сомнѣній съ точки зрѣнія правовой политики, основанной на данныхъ теоретической разработки предмета.

Одною изъ коренныхъ причинъ такого, на первый

¹⁾ Вполнѣ справедливо отмѣчаетъ *Stegemann*. Die Vererbung eines Handelsgeschäftes 1903. S. 40. Die Frage nach dem Wesen der Firma ist eine der bestrittensten und, in der Tat, problematischsten des ganzen Handelsrechtes.

взглядъ, страннаго явленія нужно, повидимому, считать отмѣченное Эренбергомъ ¹⁾ и нѣкоторыми другими авторами различіе въ экономическомъ и юридическомъ воззрѣніяхъ на сущность фирмы.

Юристы, въ своихъ воззрѣніяхъ на фирму, исходятъ изъ понятія о гражданскомъ имени и не могутъ въ достаточной степени отрѣшиться отъ этого понятія и во всѣхъ своихъ дальнѣйшихъ построеніяхъ. Воззрѣнія самихъ торгово-промышленныхъ дѣятелей и экономистовъ построены на другомъ началѣ: они усматриваютъ въ фирмѣ самое торговое дѣло, отождествляютъ этотъ терминъ съ торгово-промышленнымъ предпріятіемъ. Въ обыденной рѣчи постоянно употребляютъ слово фирма, когда говорятъ о торговомъ предпріятіи, и выраженія вродѣ «фирма хорошая», «эта фирма идетъ къ упадку» и т. п. весьма въ ходу на языкѣ участниковъ дѣлового оборота.

Описанное положеніе вещей нельзя считать нормальнымъ. Торговое право должно быть построено на фундаментѣ экономическихъ интересовъ, должно давать справедливое разрѣшеніе имъ при столкновеніи ихъ другъ съ другомъ. Въ частности, и въ вопросѣ о фирмѣ право не можетъ и не должно давать такую конструкцію, которая не совпадаетъ съ экономической сущностью и значеніемъ фирмы въ торговомъ быту, а должно, наоборотъ, закрѣпить въ нормахъ закона жизненные воззрѣнія по этому предмету... Вѣдь, не жизнь существуетъ для права, а право для жизни!

Чтобы положить прочное и правильное основаніе ученію о фирмѣ во всѣхъ его деталяхъ, нужно дать надлежащее обоснованіе исходнымъ началамъ. Несмотря на кажущуюся теоретичность этой задачи, она имѣетъ глубокое практическое значеніе. Законъ только тогда достигаетъ своей цѣли, нормы его только тогда господствуютъ надъ пестрымъ хаосомъ жизни, когда правила права непогрѣшимы въ логической дедукціи отъ общаго къ частному. Поэтому нужно, прежде всего, установить это общее при помощи индукціи изъ сырого и непосредственнаго жизненнаго матеріала. Вслѣдствіе этого прежде, чѣмъ перейти къ разсмотрѣнію воззрѣній на

¹⁾ V. Ehrenberg. Firma Conrad's Handwörterbuch der Staatswissenschaften. 1909. Bd. IV. S. 322, 323.

фирму, проводимыхъ въ различныхъ законодательствахъ и въ теоретической литературѣ, слѣдуетъ выдѣлить тотъ матеріалъ жизни, который является предметомъ подобныхъ обобщеній.

Правоотношенія, связанныя съ торговымъ именемъ или фирмою, весьма отличны отъ таковыхъ же, касающихся гражданскаго имени. Последнее тѣснѣйшимъ образомъ связано со своимъ носителемъ, а потому, во-первыхъ, имя непередаваемо, а, во-вторыхъ, каждый можетъ имѣть лишь одно имя. Въ сферѣ торговаго оборота наблюдаются обратныя явленія: имя становится объектомъ всякихъ сдѣлокъ *inter vivos* и *mortis causa*, но переносъ имени безъ предпріятія недопустимъ, а одинъ и тотъ же субъектъ можетъ быть обладателемъ нѣсколькихъ именъ. Мало того; расширяются самыя границы свободы выбора имени и, наряду съ употребленіемъ личныхъ наименованій (фамилій), оказываются въ ходу выдуманныя названія (т. н. предметныя или отвлеченныя фирмы).

Едва ли не первымъ по времени опредѣленіемъ въ законѣ понятія фирмы является ст. 15 германскаго общаго торговаго уложенія (1861 г.), дѣйствующаго и понынѣ въ Австріи. Этому примѣру послѣдовали и новое германское торговое уложеніе (1897 г., § 17) и кодексы нѣкоторыхъ другихъ государствъ (напр. Венгріи, Швеции, Норвегіи ¹⁾). Германское торговое уложеніе говоритъ, что «фирма купца есть имя, подъ которымъ онъ совершаетъ свои торговыя дѣла, и коимъ подписывается». Этому легальному опредѣленію свойственны два характерныхъ признака: 1) фирма есть имя купца и 2) всякаго купца какъ единоличнаго, такъ и коллективнаго.

Рядомъ съ этою группою законодательствъ стоитъ другая, пожалуй, даже болѣе многочисленная, но и болѣе устарѣлая, въ которой не существуетъ опредѣленія фирмы, а самый этотъ терминъ употребляется для обозначенія только имени коллективныхъ единицъ (разнаго рода товарищескихъ соединеній). Во главѣ этой группы

¹⁾ Въ Россіи этому примѣру послѣдовалъ сепаратный мѣстный законъ В. Кн. Финляндскаго (ст. 9 закона 2 мая 1895 г. о торговомъ реестрѣ, фирмѣ и неограниченной торговой довѣренности), а также и проектъ гражданскаго уложенія (ст. 585 т. II).

стоитъ старѣйшій торговый кодексъ—французскій,—ему слѣдуютъ уложенія латинскихъ странъ, а также Голландія, Швейцарія, Англія и Россія.

Французское право знаетъ лишь понятіе торговаго имени (*nom commercial*). Означенный терминъ и обозначаемое имъ понятіе не нуждаются въ особомъ опредѣленіи, ибо въ основѣ его лежитъ понятіе о гражданскомъ имени, и только подъ вліяніемъ потребностей торговаго оборота допускаются нѣкоторыя отступленія отъ того правового режима, которому подчинено по французскому закону пользованіе и употребленіе гражданскаго имени. Для коллективныхъ единицъ, представляющихъ личныя соединенія (т. н. *sociétés des personnes*, а не *sociétés des capitaux*) просто имя (*nom*) замѣняется общественнымъ именемъ (*raison sociale*; art. 20, 21, 25 *C. de Comm.*). Послѣднее служитъ лишь для особаго обозначенія нѣсколькихъ гражданскихъ именъ, необходимаго ради указанія отдѣльнаго юридическаго существованія коллектива отъ составляющихъ его членовъ¹⁾. Въ одной изъ своихъ статей (23) торговый кодексъ прямо употребляетъ выраженіе *nom social* вмѣсто *raison sociale*. Наконецъ, въ отношеніи соединенія представителей капиталныхъ долей—акціонерной компаніи—французскій законъ (art. 29 и 30) устанавливаетъ, что послѣдняя не можетъ пользоваться для своего обозначенія именами своихъ участниковъ (*n'existe point sous un nom social*), но называется путемъ указанія предмета своей дѣятельности. По мнѣнію комментаторовъ, только въ томъ случаѣ, если нѣсколько акціонерныхъ компаній занимаются однородною дѣятельностью, онѣ для различія другъ съ другомъ должны къ своему установленному закономъ обозначенію присоединить еще какую-либо индивидуальную прибавку. Эти названія составляютъ собственность акціонерныхъ компаній, но лишь постолько, поскольку грозитъ смѣшеніе. Тамъ, гдѣ нѣтъ такой опасности, нѣтъ и исключительнаго права на названіе (напр., при разнородности дѣятельности акціонерныхъ предпріятій)²⁾.

¹⁾ *Lyon - Caen et Renoult* Manuel du droit commercial page 91 (№ 130).

²⁾ *Alauzet*. Commentaire du Code de Comm. Vol. I, page 483.

Въ это первичное понятіе торгового имени судебная практика внесла измѣненія. Самымъ крупнымъ изъ нихъ нужно признать безспорное установленіе возможности передачи имени вмѣстѣ съ предпріятіемъ владѣльца этого имени другому лицу. Прежняя практика признавала эту передачу временной въ цѣляхъ предупрежденія потери кліенты, причемъ суду было предоставлено устанавливать срокъ пользованія новымъ владѣльцемъ именемъ прежняго. Теперь отъ этого принципа отказались, и французская практика готова признать безусловную отчуждаемость торгового имени ¹⁾. Это направленіе практической юриспруденціи даетъ основаніе нѣкоторымъ теоретикамъ утверждать, что *nom commercial* есть имя, даваемое владѣльцемъ своему предпріятію (*maison de commerce* ²⁾).

Хотя наше законодательство и не содержитъ въ себѣ опредѣленія фирмы, но употребляетъ иногда этотъ терминъ. Такъ, прежде всего, въ прим. къ ст. 60 устава торгового говорится о купцахъ, «производящихъ торговлю купеческими домами подъ фирмою», а въ ст. 220 и 221 устава гражданского судопроизводства указывается, что иски къ компаніямъ, обществамъ и товариществамъ предъявляются по мѣсту нахожденія ихъ правленія или фирмы. Въ такомъ же родѣ выражается и уставъ судопроизводства торгового (ст. 158), устанавливающий, что мѣстомъ жительства товарищества считается мѣсто нахожденія его фирмы.

Статья 2148 законовъ гражданскихъ (св. зак. т. X, 1 ч.), на подобіе ст. 29 и 30 французскаго кодекса, опредѣляетъ, что каждая акціонерная компанія должна быть учреждаема подъ опредѣлительнымъ именованіемъ, отъ предметовъ или свойства ея предпріятія заимствованнымъ.

Изъ приведенныхъ указаній закона видно, что понятіе фирмы можетъ быть относимо только къ торговому товариству. Однако, въ противорѣчій съ этимъ выводомъ стоитъ какъ сенатская практика, такъ даже

¹⁾ *Oudinot*. De la transmission de la firme en droit allemand *Annales de droit commercial* 1912, page 367—369. *Stegemann*. Die Vererbung eines Handelsgeschäftes § 8.

²⁾ *Valery*. *Maison de commerce et fonds de commerce*. *Annales de droit commercial* 1902.

и нѣкоторыя нормы закона. Напримѣръ, въ правилахъ о производствѣ маргарина, вошедшихъ въ уставъ о промышленности (прим. 2 къ ст. 258), упоминается (п. 5 означенныхъ правилъ) о фирмѣ заводчика, безотносительно къ тому, говорится ли объ единоличномъ, или коллективномъ предпріятіи. Равнымъ образомъ, и въ п. 4 ст. 3 уст. о векс. указывается, что вексель долженъ содержать въ себѣ, между прочимъ, и «означеніе фамиліи или фирмы лица, которому вексель выдается». Затѣмъ, не употребляя самаго термина «фирма» ст. 161¹⁶ уст. о пром. (относящаяся къ товарнымъ знакамъ), говоритъ о наименованіи торговаго или промышленнаго предпріятія (всякаго, т. е. единоличнаго и коллективнаго).

Послѣднее указаніе закона является тѣмъ болѣе симптоматическимъ, что, по толкованію Сената, фирма есть внѣшнее названіе или имя, даваемое лицомъ, производящимъ торговлю, своему торговому дѣлу или предпріятію ¹⁾. Кромѣ производства торговли на общемъ основаніи, подъ собственными именемъ или фамиліей торговый бытъ знаетъ и торговлю «подъ фирмою», т. е. или подъ извѣстнымъ названіемъ или подъ какимъ-либо именемъ и фамиліей, не зависящими отъ имени и фамиліи хозяина торговаго предпріятія. Давъ приведенное поясненіе выраженію, приведенному, какъ это было выше указано, въ прим. къ ст. 60 уст. торг., Сенатъ поясняетъ, что, хотя нашъ законъ и говоритъ о фирмѣ только въ отношеніи товарищества, однако, нѣтъ и препятствій къ допущенію единоличной торговли тоже подъ фирмою ²⁾. Изъ другихъ сенатскихъ рѣшеній видно, что право на пользованіе фирмою передаваемо и въ порядкѣ наслѣдованія и посредствомъ договорныхъ соглашеній, но переходъ фирмы связанъ съ переходомъ торговаго предпріятія ³⁾.

¹⁾ Сборникъ Вильсона № 96 (указъ по дѣлу Дурунча съ Болекъ отъ 8 дек. 1883 г.).

²⁾ Сенатская практика по торговымъ дѣламъ Добровольскаго т. II стр. 113 (опред. по дѣлу Амлонга съ Форсремомъ, отъ 31 окт. 1891 г. № 1526).

³⁾ Впрочемъ, какъ и по многимъ вопросамъ, получившимъ разъясненіе въ сенатской практикѣ, не обошлось и безъ уклоненій въ противоположную сторону, въ смыслѣ признанія фирмы — именемъ лица (сборникъ Гребнера рѣш. подъ № 35).

Наконецъ, сравнительно недавно, въ 1909 году, Министерство Юстиціи, въ отвѣтъ на запросъ Министерства Торговли и Промышленности, установило свой взглядъ на сущность фирмы по русскому праву ¹⁾. «Хотя, утверждаетъ Министерство Юстиціи, въ дѣйствующемъ законодательствѣ не имѣлось точныхъ постановленій о томъ, является ли фирма именемъ предпріятія, или его хозяина, тѣмъ не менѣе, торговые обычаи и судебная практика всегда склонялись къ тому, что совпаденія гражданскаго имени купца съ фирмою не требуется ни при самомъ возникновеніи предпріятія, ни при переходѣ его къ другимъ лицамъ...».

Упомянувъ затѣмъ о передаваемости фирмы, Министерство Юстиціи, со ссылкой на приведенныя выше ст. 3 (п. 4) устава о векселяхъ и ст. 161¹⁶ уст. о пром., утверждаетъ, что «въ настоящее время въ дѣйствующихъ законахъ установлено вполне опредѣленно, что фирма есть имя не купца, а дѣла».

Отъ этого, весьма краткаго, обзора воззрѣній европейскаго законодательства и судебной практики на сущность фирмы нужно обратиться къ разсмотрѣнію тѣхъ выводовъ, которые, на фундаментѣ этого матеріала, сдѣланы теоріей.

Господствующее ученіе признаетъ фирму именемъ владѣльца торгово-промышленнаго предпріятія или, говоря болѣе обще, именемъ лица въ сферѣ его торгово-промышленной дѣятельности. По мнѣнію меньшинства писателей, фирма есть названіе предпріятія. Однако, въ воззрѣніяхъ на юридическую природу предпріятія и на соотношеніе фирмы къ предпріятію замѣчается разнорѣчіе. Одни, отождествляя фирму съ предпріятіемъ, считаютъ послѣднее за субъектъ права, другіе, характеризуя фирму, какъ одинъ изъ элементовъ предпріятія, видятъ въ таковомъ особый объектъ права. Наконецъ, существуетъ и эклектическое ученіе, согласно которому фирма не имя купца или промышленника, не названіе торгово-промышленнаго предпріятія, а что то среднее, различно опредѣляемое различными авторами.

Представители господствующей теоріи, въ сущности,

¹⁾ Русское Слово 1 сентября 1909 г. № 200, статья «Важное разъясненіе».

весьма мало занимаются прямым обоснованием своего учения. Они ссылаются на определения положительного закона, въ особенности, на § 15 германского торгового уложения, и аргументируютъ отъ противнаго, т. е. доказываютъ неприемлемость теории признанія фирмы—названіемъ предпріятія. Въ этомъ послѣднемъ отношеніи они указываютъ, что переходъ фирмы съ предпріятіемъ факультативенъ, а не обязательенъ, а между тѣмъ, если допустить, что фирма—названіе послѣдняго, то переходъ фирмы съ предпріятіемъ долженъ совершаться *ipso jure*. Далѣе, въ нѣкоторыхъ государствахъ переходъ предпріятія отражается на сложеніи фирмы особою прибавкою, показывающей смѣну владѣльца—если фирма—названіе предпріятія,—то это правило было бы излишне. Засимъ, фирма должна была бы исчезать съ прекращеніемъ предпріятія, а между тѣмъ, владѣлецъ исчезнувашаго предпріятія, а равно всякое третье лицо, можетъ использовать вновь фирму такого прекратившагося торгово-промышленнаго дѣла, наконецъ, если фирма есть имя предпріятія, то не могло бы быть одной общей фирмы для нѣсколькихъ предпріятій или переноса той же фирмы съ одного предпріятія на другое ¹⁾).

Критика этихъ соображеній представителей персонификальной теории была бы здѣсь не у мѣста, ибо слабыя стороны приведенныхъ аргументовъ выяснятся сами собой, если разобратъ надлежащимъ образомъ въ понятіи предпріятія и выяснить значеніе фирмы для этого послѣдняго.

Но, прежде, чѣмъ перейти къ изложенію взглядовъ тѣхъ писателей, которые приурочиваютъ фирму къ предпріятію, слѣдуетъ сказать два слова о компромиссныхъ теоріяхъ.

Фирма, говоритъ Völderndorff ²⁾, есть имя торгового предпріятія, однако, только постолько, поскольку оно

¹⁾ Изложенныя здѣсь соображенія давно уже стали общимъ мѣстомъ всѣхъ юридическихъ работъ о фирмѣ. Хорошо изложены они у *Loewental* Das Firmenrecht 1899, § 3 и у *Marx*, Firmenrechtliche Grundbegriffe, 1912. Въ русской литературѣ наибольшее вниманіе посвятилъ этому вопросу *Каминка* въ своихъ очеркахъ по торговому праву, стр. 118—139.

²⁾ Въ *Endemann's Handbuch des deutschen Handels-See-und Wechselrechtes* Bd. I. S. 192, 193.

является именемъ владѣльца въ его роли принципала даннаго предпріятія. Какъ имя торгово-промышленной личности, фирма связана не съ владѣльцемъ торговаго предпріятія, а съ продолженіемъ этой личности, т. е. предпріятіемъ. Въ своемъ учебникѣ торговаго права проф. Цитовичъ тоже придерживается взгляда, что фирма есть «имя торговца и его торговли», а проф. Каминка находитъ, что въ обѣихъ теоріяхъ есть своя доля истины, а потому, признавъ фирму за имя собственника торговаго предпріятія, нужно считаться и культивировать, въ интересахъ оборота, такія правоположенія, которыя стоятъ въ противорѣчіи съ опредѣленіемъ фирмы, какъ имени лица ¹⁾).

Но самую интересную эклектическую теорію выставилъ V. Ehrenberg ²⁾. Не будучи индивидуализирующимъ признакомъ ни для собственника какого-либо торговаго предпріятія, ни для опредѣленнаго предпріятія, фирма, по мнѣнію этого ученаго, является средствомъ интерпретаціи, краткимъ, всѣмъ понятнымъ и распознаваемымъ для третьихъ лицъ способомъ установленія, что данное юридическое дѣйствіе должно относиться къ комплексу торговыхъ правоотношеній лица и, въ частности, если лицо имѣетъ нѣсколько предпріятій, то къ сферѣ отношеній по извѣстному именно предпріятію.

II.

Содержаніе торгово-промышленной дѣятельности весьма разнообразно. По классификаціи Зомбарта, эта дѣятельность заключается: 1) въ оказаніи всякаго рода услугъ (театры, газеты, справочныя бюро, парикмахерскія и т. п.); 2) въ приготовленіи и предоставленіи благъ потребленія (рестораны, гостиницы и т. п.); 3) въ посредничествѣ въ отношеніи экономическихъ благъ (торговля, перевозка); 4) въ оказаніи кредита и 5) въ производствѣ благъ.

¹⁾ Названный авторъ доказываетъ, что хотя фирма и есть имя владѣльца предпріятія, однако, интересы торговаго оборота требуютъ признать нормальнымъ и такое положеніе вещей, когда фирма неправильно обозначаетъ собственника предпріятія (очерки стр. 125).

²⁾ *Ehrenberg*. Über das Wesen der Firma. Zeitschrift für das gesammte Handelsrecht Bd. 28—1882. S. 25—56.

Каждый из этих многочисленных видов дѣятельности требуетъ для своего проявленія извѣстныхъ формъ, нѣкоторой необходимой для сего обстановки. Сущность послѣдней безконечно разнообразна, въ зависимости, съ одной стороны, отъ конкретнаго содержанія самой торгово-промышленной дѣятельности, съ другой, отъ ея масштаба.

Очевидно, что производство какихъ-либо предметовъ въ большомъ размѣрѣ требуетъ надлежаще оборудованной сложными машинными двигателями фабрики, такое же производство въ маломъ масштабѣ—совершенно инымъ образомъ приспособленной къ тому мастерской, а посредническая дѣятельность по найму прислугъ или продажѣ земельныхъ участковъ, не нуждаясь ни въ какомъ механическомъ снаряженіи, требуетъ наличность конторы, извѣстной организаціи, агентовъ, земельной недвижимости и т. д.

Эту необходимую форму для проявленія торгово-промышленной жизни называютъ торгово-промышленнымъ предпріятіемъ ¹⁾. Съ внѣшней стороны предпріятіе представляетъ агрегатъ самыхъ разнообразныхъ элементовъ: земельные участки, строенія, машины, сырые продукты, товары, деньги, работники, инженеры, приказчики, коммивояжеры, бухгалтера, лошади, автомобили, подъѣзды, желѣзнодорожные пути, пароходы, изобрѣтенія, товарные знаки, векселя, цѣнные бумаги, заказы кліента—все это составныя части предпріятій; число ихъ безконечно, а составъ и наличность постоянно измѣняются во время существованія самого предпріятія ²⁾. Съ экономической точки зрѣнія, предпріятіе характеризуютъ какъ совокупность всѣхъ факторовъ—силъ природы капитала и человеческого труда—и признаютъ за нимъ цѣлостность и единство, обоснованное общностью цѣли. Ибо предпріятіе, въ полномъ своемъ составѣ, есть аппаратъ для созданія какихъ-либо экономическихъ благъ для общества и извле-

¹⁾ Справ. Volderndorff въ Endemann's Handbuch des Handelsrechts Bd. I, S. 181.... die Gewerbemässigkeit des Handelsbetriebes in der äusseren Erscheinung erkennbar macht. Diese erkennbare Erscheinungsform der Gewerbemässigen kaufmännischen Thätigkeit heisst das Geschäft..

²⁾ Перечисленіе взято изъ книги R. Isay. Das Recht am Unternehmen.

ченія черезъ это прибыли для своего владѣльца. Предпріятіе, говоритъ австрійскій политико-экономъ Филипповичъ, есть сочетаніе имущественныхъ средствъ и человѣческихъ силъ. Оно образуетъ особую хозяйственную единицу, которая занимается производствомъ и приобрѣтеніемъ экономическихъ благъ, ради дальнѣйшей продажи произведеннаго и приобрѣтеннаго въ цѣляхъ извлеченія чрезъ то прибыли ¹⁾.

Изъ сказаннаго ясно, что предпріятіе, само по себѣ, представляетъ извѣстную, иногда очень большую, экономическую цѣнность, совершенно независимую отъ его составныхъ частей. Цѣнность эта зиждется въ самомъ сочетаніи этихъ, иногда постоянно мѣняющихся, элементовъ. А такъ какъ все то, что способно имѣть объективную цѣнность, становится, обыкновенно, предметомъ оборота, предпріятіе вошло въ сферу правоотношеній и, наряду съ ученіемъ о предпріятіи, какъ экономическомъ явленіи, возникло изслѣдованіе его съ юридической точки зрѣнія.

Если въ европейскомъ законодательствѣ рѣдко можно встрѣтить легальное опредѣленіе фирмы, то терминъ предпріятіе, употребляемый въ законодательномъ языкѣ всѣхъ культурныхъ государствъ, остается уже совершенно неустановленнымъ въ законѣ. Въ этомъ отношеніи между нашимъ правомъ и правомъ западныхъ народовъ наблюдается рѣдкій въ такихъ случаяхъ параллелизмъ. И у насъ терминъ—предпріятіе, какъ таковой, не чуждъ языку законодателя ²⁾, но закону совершенно неизвѣстно ни содержаніе, ни объемъ этого понятія. Въ одномъ изъ своихъ недавнихъ законопроектовъ Министерство Торговли и Промышленности отмѣтило это даже *expressis verbis*, пояснивъ, что трудность такого опредѣленія, а также и то, что законное опредѣленіе, устанавливая обязательные признаки предпріятія, могло бы оказаться стѣснительнымъ для разнообразныхъ и не-

¹⁾ *Philippovich*. Grundriss der politischen Oekonomie. 1909, S. 120.

²⁾ Этотъ терминъ является основнымъ понятіемъ положенія о государственномъ промысловомъ налогѣ и употребителенъ во многихъ законодательныхъ актахъ новаго времени, напр., въ законѣ о товарныхъ знакахъ (ст. 161¹⁶ уст. о пром., цитированная выше).

прерывно нарождающихся явлений торгового оборота, составляют совершенно сознательно отказываться от попыток установить подобное определение¹⁾.

При таком отношении законодательства къ этому коренному понятію торгового оборота роль теоріи въ дѣлѣ выясненія сущности, объема, содержанія и признаковъ торгово-промышленнаго предпріятія приобретаетъ особое значеніе.

Однимъ изъ наиболѣе раннихъ изслѣдователей этого вопроса съ правовой точки зрѣнія слѣдуетъ, по всей справедливости, считать А. Моммзена²⁾, который, стремясь разложить предпріятіе на его первичные составные элементы, усматривалъ таковыхъ три: 1) совокупность источниковъ пріобрѣтенія и сбыта, а также требованія на другихъ лицъ и долги; 2) заведеніе и 3) товары и документы, причемъ полагалъ, что перечисленные части получаютъ свое объединеніе въ экономической цѣли предпріятія. Но у современниковъ Моммзена, извѣстныхъ коммерціалистовъ Беренда и Эндеманна³⁾, было уже гораздо болѣе определенное понятіе о торгово-промышленномъ предпріятіи. Это послѣднее, по мнѣнію Эндеманна, является совокупностью не только средствъ для осуществленія торгово-промышленной дѣятельности, но обнимаетъ собою и результаты означенной дѣятельности, причемъ и то и другое находитъ себѣ выраженіе въ активѣ и пассивѣ торговаго баланса. Берендъ также признаетъ въ предпріятіи совокупность всѣхъ элементовъ, изъ коихъ складывается дѣятельность торговца, включая сюда и всякаго рода отношенія его къ третьимъ лицамъ. Подобно Эндеманну, этотъ авторъ разсматриваетъ предпріятіе, какъ сочетаніе активныхъ и пассивныхъ статей, причемъ даетъ подробное перечисленіе категорій таковыхъ статей. Къ активу предпріятія Берендъ отно-

¹⁾ Представленіе Министерства Торговли и Промышленности по проекту правилъ о переходѣ торговыхъ и промышленныхъ предпріятій, стр. 12.

²⁾ А. *Mommsen*. Die Haftung des Firmenübernehmers für die Firmenschulden. Archiv für Theorie und Praxis des deutschen Handels und Wechselrechts 1875, S. 210.

³⁾ *Endemann*. Das deutsche Handelsrecht. Leipzig. 1887. § 18, S. 54. *Behrend*. Lehrbuch des Handelsrechts Berlin-Leipzig 1886, § 37, S. 202—204.

силь: 1) тѣлесные объекты, 2) права и 3) шансы; къ пассиву—всѣ долги и обязательства. Въ этомъ перечисленіи особаго поясненія требуетъ та составная часть актива, которая названа Берендомъ «шансами предприятия».

Шансы торговаго предприятия, поясняетъ Берендъ, суть возможность благоприятныхъ результатовъ торгово-промышленной дѣятельности въ будущемъ. Эта надежда основана на фактическихъ, а не юридическихъ, отношеніяхъ предприятия къ публикѣ (кліентамъ), на его репутаціи и извѣстности. Опредѣленіе Беренда повторяетъ знаменитый комментаторъ германскаго торговаго уложенія Штаубъ ¹⁾.

Нѣсколько съ другой стороны подходитъ къ разсматриваемому вопросу Штегеманнъ ²⁾. Сущность предприятия, говоритъ онъ, лучше всего постигается въ моментъ перехода его изъ рукъ въ руки. Что передается приобрѣтателю? На это отвѣтъ совершенно ясенъ—приобрѣтателю предоставляется возможность такъ же и въ тѣхъ же условіяхъ эксплуатировать предприятие, какъ то дѣлалъ до него его предшественникъ. Поэтому необходимыми принадлежностями предприятия, составляющими его сущность, являются элементы, нужные для его эксплуатирования (*Betrieb des Geschäftes*). Изъ дальнѣйшихъ разсужденій автора видно, что возможность одинаковаго эксплуатирования предприятия будетъ на-лицо лишь тогда, когда перейдетъ къ новому владѣльцу кліентелла прежняго. Какіе элементы предприятия должны перейти къ новому владѣльцу для перехода кліентеллы, установитъ одинъ разъ навсегда не представляется возможнымъ. Для сего необходимо произвести въ каждомъ отдѣльномъ случаѣ, сообразуясь съ общими правовыми положеніями, специальное обслѣдованіе. Поэтому, заключаетъ Штегеманнъ, въ образѣ торгово-промышленнаго предприятия мы имѣемъ дѣло съ какимъ-то цѣлымъ, которое, не поддаваясь юридическому отграниченію и, измѣняясь въ своихъ составныхъ частяхъ для отдѣльныхъ случаевъ, соотвѣтственно эластичности торговаго оборота, является

¹⁾ Kommentar zum HGB. S. 126.

²⁾ Stegemann. Die Vererbung eines Handelsgeschäftes. Leipzig 1903. § 4 и 5.

экономическимъ единствомъ. Определить теоретически предпріятіе также невозможно, какъ уложить все разнообразіе экономической жизни въ систематически расположенныя правовыя формулы.

Не останавливаясь долѣе на второй части соображеній Штегеманна, знаменующихъ его полное, какъ юриста, банкротство, но имѣющихъ, какъ это будетъ указано дальше, большое симптоматическое значеніе, слѣдуетъ лишь отмѣтить, что несомнѣнною заслугою этого писателя является разработка имъ идеи о выдѣленіи изъ пестраго состава предпріятія того комплекса, который опредѣляетъ возможность эксплоатаціи этого послѣдняго.

Третья австрійскими учеными—Геллеромъ, Омейеромъ и Писко ¹⁾—сдѣланы попытки глубже заглянуть въ юридическую природу торгово-промышленнаго предпріятія.

Первый изъ нихъ, Геллеръ, ²⁾ усматриваетъ сущность предпріятія въ постоянной готовности къ дѣятельности, составляющей предметъ предпріятія, причемъ о такой готовности оповѣщаются внѣшними признаками третьи лица. Роль такихъ признаковъ играютъ фирма, гражданское имя владѣльца предпріятія, названія заведенія, товаровъ (клейма, знаки). Одинъ изъ этихъ элементовъ—фирма, составляетъ индивидуализирующій предпріятіе и обуславливающій его постоянство и продолжительность специфическій факторъ. Переходъ предпріятія изъ рукъ въ руки знаменуетъ передачу однимъ владѣльцемъ другому означеннаго постоянного и специфическаго фактора.

Омейеръ начинаетъ свое изложеніе съ указанія, что не столь важно констатированіе факта единства предпріятія, сколько установленіе практическихъ слѣдствій этого правового единства. Прежде всего интересно отмѣтить, что цѣнность предпріятія совершенно не соотвѣтствуетъ его составнымъ частямъ, имѣющимъ реальный характеръ. Поэтому необходимо уловить, въ чемъ заключается этотъ, такъ сказать, невѣсомый элементъ (*Imponderabile*). Авторъ видитъ таковой въ организаціи предпріятія, а поэтому всѣ индивидуализирующіе признаки.

¹⁾ Ohmeyer. Das Unternehmen, als Rechtsobjekt. Wien, 1906. Pisco. Das Unternehmen, als Gegenstand des Rechtsverkehrs, Wien, 1907.

²⁾ Цитировано по Писко, *op. cit.*, § 12—14.

какъ-то: фирма, товарный знакъ и т. п. служатъ именно для отличія одной организаціи отъ другой, ей подобной, Переходъ предпріятія изъ рукъ въ руки предполагаетъ продолженіе функціонированія прежней организаціи, и что для сего нужно, то и должно, какъ интегральныя части предпріятія, перейти отъ стараго владѣльца къ новому. Другой австрійскій юристъ, Писко, подобно Омейеру, также ищетъ раскрыть сущность этого мало уловимаго, но тѣмъ не менѣе весьма важнаго невѣсомаго элемента. И онъ его усматриваетъ, съ одной стороны, въ присущей предпріятію организаціи средствъ производства, съ другой—въ наличіи болѣе или менѣе обезпеченнаго сбыта. Чтобы наладить какъ то, такъ и другое, нужно потратить трудъ, использовать извѣстныя знанія, сноровку, умѣніе и опытъ. Поэтому понятно, что результатъ имѣетъ самостоятельную цѣнность, можетъ быть предметомъ продажи, залога, аренды и другихъ сдѣлокъ оборота. Отсюда слѣдуетъ, что переходъ предпріятія осуществляется, съ одной стороны, тѣмъ, что новому пріобрѣтателю дается фактическая возможность войти въ процессъ производства и тѣмъ использовать уже налаженную организацію, съ другой,—ему слѣдуетъ предоставить всѣ средства, чтобы обезпечить за нимъ сбытъ или, лучше сказать, возможность такового. Общаго правила здѣсь выставить нельзя, ибо разные индивидуализирующіе признаки и различныя составныя части предпріятія играютъ въ отдѣльныхъ случаяхъ рѣшающую роль. Во всякомъ случаѣ отчуждатель предпріятія отказывается отъ пользованія въ своей профессионально-промысловой дѣятельности прежними отличительными знаками.

Новѣйшимъ изслѣдованіемъ въ области природы торгово-промышленнаго предпріятія является работа Руд. Исая¹⁾.

Хотя предпріятіе, говоритъ этотъ авторъ, и состоитъ изъ самыхъ разнообразныхъ элементовъ, но всѣ эти части другъ другу содѣйствуютъ въ достиженіи одной общей цѣли. Въ нихъ, въ этихъ отдѣльныхъ и разнообразныхъ элементахъ, воплощается организаторская идея и оживляетъ ихъ точно такъ же, какъ рѣзецъ ваятеля за-

¹⁾ *Rud. Isay. Das Recht am Unternehmen. Berlin. 1910.*

жигаетъ жизнь въ мраморѣ, а кисть художника превращаетъ полотно и краски въ образы живой дѣйствительности. Предпріятіе есть тоже произведеніе искусства, продуктъ творческой, проникновенной умственной работы. Предпріятіе есть одна изъ категорій нематеріальныхъ благъ (Immaterialgut). Это послѣднее часто называютъ шансами предпріятія, каковыя можно раздѣлить на три группы: организація предпріятія, накопленный опытъ и кліента.

Такимъ образомъ, Исай подходитъ къ своему коренному опредѣленію: предпріятіе есть цѣлесообразная совокупность лицъ и экономическихъ благъ, и въ немъ воплощено, созданное работою предпринимателя и его вспомогательнаго персонала, нѣкое нематеріальное благо, состоящее изъ внутренней организаціи предпріятія, собраннаго въ немъ дѣловаго опыта, а также отношеній предпріятія къ его поставщикамъ и кліентамъ.

Владѣльцемъ предпріятія является тотъ, кому принадлежитъ фактическая власть надъ предпріятіемъ, кто можетъ для себя и за свой счетъ его использовать. Какіе именно составные элементы предпріятія должны перейти къ приобрѣтателю, дабы онъ могъ использовать данное предпріятіе, сказать напередъ и для всѣхъ конкретныхъ случаевъ, не представляется возможнымъ. Въ каждомъ изъ нихъ нужно произвести анализъ фактическихъ обстоятельствъ и опредѣлить, гдѣ *sedes materiae*.

Стремленіе къ опредѣленію понятія предпріятія и его состава не чуждо и французскимъ ученымъ. По сравненію со своими нѣмецкими собратьями, французскіе юристы взглянули на возникшую передъ ними проблему несравненно менѣе отвлеченно и подошли къ ней съ непосредственно практической точки зрѣнія.

Подъ именемъ предпріятія, говоритъ Каталанъ, разумѣютъ соединеніе различныхъ объектовъ, образующихъ совмѣстно тотъ экономическій организмъ, который служитъ для веденія торговли.

Среди различныхъ объектовъ, образующихъ предпріятіе, французскіе юристы довольно согласно выдвигаютъ на первый планъ отношенія предпріятія къ публикѣ «*achalandage*». По французскимъ воззрѣніямъ, существуетъ субъективное правомочіе на *achalandage*, пося-



гательства на которое защищается посредствомъ исковъ о недобросовѣстной конкуренціи (на основаніи ст. 1382 гражданскаго кодекса), а потому возможна и передача права на *achalandage*. Между тѣмъ, *achalandage* инкорпорировано, неразрывно связано съ предпріятіемъ, а потому передача этого послѣдняго знаменуетъ передачу *achalandage*. Передача же *achalandage* возможна путемъ передачи въ обладаніе другого тѣхъ признаковъ внѣшняго свойства, къ коимъ прикрѣплена *achalandage*. Поэтому сущность перехода предпріятія подлежитъ конкретизированію въ каждомъ отдѣльномъ случаѣ ¹⁾.

Совершенно своеобразное ученіе о торговомъ предпріятіи выставилъ проф. Валери ²⁾. Онъ проводитъ строгое различіе между личнымъ персоналомъ (патрономъ и вспомогательными дѣятелями) и всѣмъ матеріальнымъ оборудованіемъ предпріятія. Первое составляетъ, по терминологіи названнаго автора, *maison de commerce*, второе—*fonds de commerce*. За торговымъ домомъ авторъ признаетъ обособленное существованіе, тогда какъ *fonds de commerce* составляетъ имущественный комплексъ, принадлежащій торговому дѣлу. Несмотря на смѣну отдѣльныхъ лицъ, можно говорить о продолженіи того же самаго торговаго дома, когда по обстоятельствамъ видно, что сохранились прежній духъ, прежняя индивидуальность торговаго дома. Наоборотъ, *fonds de commerce* даже при переходѣ въ цѣломъ, какъ *universitas rerum* или даже *universitas juris*, не приводитъ къ продолженію торговаго предпріятія, ибо у дома есть кліенты, и съ домомъ переходитъ кліентелла, а съ *fonds de commerce* переходитъ только привычка извѣстныхъ лицъ посѣщать данное заведеніе (*achalandage*). Между тѣмъ, суть торговаго предпріятія заключается въ его отношеніяхъ къ третьимъ лицамъ, обнимаемымъ терминомъ кліентелла.

Вопросъ о торгово-промышленномъ предпріятіи очень мало разработанъ въ русской научной литературѣ. Его

¹⁾ Возрѣнія французскихъ юристовъ на предпріятіе кратко но съ достаточною выпуклостью изложены въ статьѣ г. И. Дуссана «Къ вопросу объ отчужденіи торговаго предпріятія». «Вѣстникъ Финансовъ» за 1913 г., № 28.

²⁾ *Valery*, *op. cit.*

затрагиваютъ въ своихъ курсахъ проф. Шершеневичъ, Цитовичъ, Удинцевъ и Каминка ¹⁾).

Первый изъ названныхъ авторовъ, усматривая въ предпріятіи обособленный имущественный комплексъ, причисляетъ къ его составу лишь тѣлесные объекты и права. Наоборотъ, отношенія предпріятія къ кліентамъ, къ покупающей публикѣ проф. Шершеневичъ считаетъ за чисто фактическія, не имѣющія никакого юридическаго значенія, въ качествѣ одного изъ элементовъ предпріятія, поскольку послѣднее разсматривается съ точки зрѣнія права. Однако, эти отношенія, какъ то все-таки признаетъ проф. Шершеневичъ, могутъ имѣть огромную экономическую цѣнность быть тѣмъ, ради чего пріобрѣтается само предпріятіе. Изложенный взглядъ проф. Шершеневича находитъ себѣ сторонника въ лицѣ проф. Удинцева.

Приведенныя соображенія проф. Шершеневича и Удинцева представляются А. И. Каминкѣ лишь отчасти правильными, ибо отношенія предпріятія къ кліентамъ имѣютъ такое большое значеніе, что право не можетъ ихъ вполнѣ игнорировать.

Совсѣмъ иначе относится къ разсматриваемому вопросу проф. Цитовичъ. Согласно даваемому имъ опредѣленію, торговыя предпріятія суть установленія, назначенныя для постоянной въ данномъ районѣ встрѣчи спроса и предложенія опредѣленнаго рода вещей или услугъ. У всякаго предпріятія есть свои индивидуальныя признаки, и, сохраняя эти послѣдніе, предпріятіе можетъ переходить отъ одного владѣльца къ другому, оставаясь тождественнымъ. Стоимость предпріятія, не будучи зависима отъ его баланса, опредѣляется его шансами на успѣхъ въ борьбѣ съ однородными другими предпріятіями.

Изъ приведенной весьма краткой справки о научныхъ взглядахъ на сущность торгово-промышленнаго предпріятія видно, что, если ни одно законодательство не дало опредѣленія предпріятія, то наука подошла довольно близко къ разрѣшенію этой задачи.

Неоспоримою заслугою новѣйшихъ изслѣдованій по

¹⁾ Шершеневичъ. Курсъ торговаго права. Т. I, изд. 1908. Удинцевъ. Торгово-промышленное право. 1907. Цитовичъ. Очерки по теоріи торговаго права. 1901—1902. Каминка. Очерки торговаго права. 1911.

разсматриваемому вопросу является, прежде всего, констатирование, что предприятие, как таковое, вошло, несомненно, в современный правооборот, а потому в наше время ссылка на то, что это понятие только экономическое, а не юридическое, представляется как будто бы совершенно неуместною. Засимъ, этими же научными трудами была вскрыта природа предприятия и отмечено, что важнейшимъ элементомъ предприятия, обуславливающимъ его индивидуальность и неизмѣнность (тождество), являются величины нематеріальнаго міра, *res incorporealis*. Подобно тому, какъ вѣ книгѣ воплощена мысль автора, вѣ машинѣ—мысль ея изобрѣтателя, вѣ исполненіи музыкальнаго произведенія—извѣстное творческое сочетаніе звуковъ, такъ точно и на предприятии лежитъ отпечатокъ какой то созидательной работы чловѣческаго духа. И какъ мысль автора, идея изобрѣтателя и сочетаніе звуковъ остаются тѣми же и неизмѣнными, несмотря на формы печатанія, на различіе вѣ технико-механическомъ осуществленіи и на многообразіе вѣ исполненіи, такъ и предприятие сохраняетъ свое тождество, хотя бы измѣнились всѣ матеріальные элементы его оборуодванія.

Современный правопорядокъ вполнѣ уже освоился съ нематеріально-имущественными благами и давно ввелъ ихъ вѣ правооборотъ. Но такъ какъ право нуждается во внѣшнихъ, такъ сказать, осязаемыхъ критеріяхъ, то защита правъ на нематеріальныя имущественныя блага осуществляется всегда посредственно, путемъ тѣлеснаго воплощенія нематеріальныхъ благъ. Тотъ же самый принципъ примѣнимъ и къ введенію вѣ правооборотъ такой величины, какъ предприятие. Для цѣлей правопорядка, для обезпеченія ясности, неизмѣнности и постоянства правоотношеній совершенно необходимо какое-либо воплощеніе того нематеріально-имущественнаго блага, какимъ является предприятие, вѣ нѣкій осязаемый предметъ внѣшняго міра, вѣ *res corporalis*, приобретающій значеніе символа самого предприятия.

Изъ предшествовавшего изложенія современныхъ учений о предприятии видно, что многіе авторы, видимо, не считаютъ необходимымъ какое-либо особое специфическое воплощеніе предприятия вѣ *res corporalis* и считаютъ

распознаіе тождества предпріятія въ каждомъ данномъ случаѣ за *quaestio facti*. Съ такимъ взглядомъ, однако, трудно согласиться. Какъ ни велико въ наши дни уваженіе передъ усмотрѣніемъ суда, какъ ни широки границы такого усмотрѣнія, все же законъ не можетъ отказать дать этому усмотрѣнію одну общую основу, одно общее направленіе. И странно, чтобы носителями идеи предпріятія являлись разные внѣшніе признаки. Какая же можетъ быть при этихъ условіяхъ устойчивость и постоянство правоотношеній, составляющихъ краеугольный камень всякаго правопорядка, а въ особенности, правопорядка въ быстромъ темпѣ торговой жизни? Съ такимъ положеніемъ вещей въ торгово-промышленной жизни мириться нельзя, необходимо отыскать для всѣхъ случаевъ одинъ руководящій и внѣшній признакъ, воплощающій въ себѣ то нематеріальное имущественное благо, которое именуется предпріятіемъ. Юриспруденція не можетъ оставить эту задачу нерѣшенной, ибо тогда дальнѣйшія ея построенія оказались бы воздвигнутыми на сыпучемъ пескѣ.

III.

Такимъ образомъ, передъ юристами стоитъ проблема отыскать среди различныхъ составныхъ элементовъ предпріятія подходящій для цѣли воплощенія въ него того нематеріальнаго имущественнаго блага, которое заключено въ понятіе предпріятія, составляя, его, *sedes materiae*. Такой элементъ долженъ удовлетворять двумъ основнымъ требованіямъ: онъ долженъ быть общимъ, если не всѣмъ, то хотя бы огромному большинству предпріятій (ибо на остальные онъ можетъ быть распространенъ силою закона), обладать свойствомъ неизмѣнности и постоянства на все время существованія предпріятія и быть, наконецъ, пригоднымъ для различенія одного предпріятія отъ другихъ, даже и въ тѣхъ случаяхъ, если они схожи по размѣрамъ (а слѣдовательно, имѣютъ близкую между собою организацію) и однородны по предмету своей дѣятельности.

Казалось бы, этимъ требованіямъ наилучше отвѣчаетъ фирма. Съ этой точки зрѣнія положеніе «фирма есть названіе предпріятія» получаетъ особый смыслъ: фирма

не только названіе, обозначеніе предпріятія, т. е. такой же составной элементъ, какъ гражданское имя для правоспособной личности, но и внѣшнее, нужное въ цѣляхъ права, воплощеніе предпріятія.

Такое значеніе фирмы не выдѣляетъ ее изъ ряда правовыхъ явленій современнаго оборота, а ставитъ, наоборотъ, въ полную аналогію со многими изъ нихъ. Такова, напримѣръ, природа цѣнныхъ бумагъ, ибо въ нихъ тоже воплощено извѣстное имущественное право, или сущность патента на изобрѣтеніе, который воплощаетъ право, даже весьма близкое во многихъ отношеніяхъ къ правамъ, которыя сопряжены съ фирмою.

Поэтому и можно утверждать, что право на фирму есть право на предпріятіе, но право изъ фирмы не покрываетъ всѣхъ правъ изъ предпріятія. Ибо предпріятіе есть сложный комплексъ и, если фирма является носителемъ идеи цѣлаго предпріятія и тамъ, гдѣ правоотношенія касаются всего предпріятія, они непременно связаны съ фирмою, то мыслима и возможна въ отдѣльныхъ случаяхъ обширная сфера правоотношеній изъ предпріятія, касающихся только отдѣльныхъ его частей.

Если фирма знаменуетъ собою предпріятіе въ его цѣломъ, то для ближайшаго опредѣленія природы фирмы весьма важно установленіе того мѣста, которое занимаетъ предпріятіе въ системѣ современныхъ правоотношеній.

Такъ какъ предпріятіе составляетъ довольно сложный имущественный комплексъ, соединенный въ нѣчто единое, то естественно возникъ вопросъ о степени юридической самостоятельности этого комплекса, т. е., не представляетъ ли онъ такое же юридически обособленное отъ прочаго имущества цѣлое, которое свойственно всякому *universitas juris*—древне-римскому пекулію ¹⁾, лежащему наслѣдству (*hereditas jacens*) и т. п. Съ другой стороны, совершеніе сдѣлокъ подъ фирмою и вступленіе предпріятія, какъ извѣстной единицы, въ юридическія отношенія съ другими такими же единицами торговаго оборота, наводило мысль на то, не есть ли предпріятіе самостоятельный субъектъ правъ и обязанностей, т. е. юридическое лицо. Такимъ образомъ, выражаясь болѣе

¹⁾ Имущество, выдѣленное подвластному домовладыкою для какихъ-либо цѣлей.

обще, въ наукѣ торговаго права неоднократно ставился вопросъ объ отношеніяхъ торгово-промышленнаго предпріятія къ лицу, собственнику, владѣльцу предпріятія.

Признаніе торговаго предпріятія юридически обособленнымъ имуществомъ и самостоятельнымъ субъектомъ правъ и обязанностей находило себѣ сторонниковъ въ старой литературѣ, а именно, въ трудахъ упомянутыхъ выше А. Моммзена и Эндеманна, а также еще и Табора¹⁾.

Доводы Табора особаго интереса не представляютъ, потому что исходнымъ пунктомъ автора является фирма торговаго товарищества. Приводя аргументы въ пользу защищаемаго имъ взгляда, что фирма есть юридическое лицо, Таборъ, незамѣтно для себя, отстаетъ въ сущности иное, а именно, что торговое товарищество есть самостоятельный субъектъ правъ и обязанностей, независимый отъ товарищей. Если въ первую четверть XIX вѣка такое положеніе и нуждалось въ доказываніи, то теперь, казалось бы, это было бы ломиться въ открытыя двери. Соображенія Моммзена гораздо тоньше. Приведя всѣмъ извѣстные признаки юридической самостоятельности товарищескаго предпріятія, онъ далѣе говорить, что то обстоятельство, кто именно владѣетъ предпріятіемъ, одно лицо или коллективъ, не можетъ видоизмѣнять природы самого предпріятія, ибо владѣлецъ послѣдняго, въ сущности, даже и не *dominus* (собственникъ), въ римскомъ смыслѣ этого слова, а только принципаль, т. е. первый слуга предпріятія, одинъ изъ необходимыхъ, но все же составныхъ, частей этого послѣдняго.

Разница между единоличнымъ владѣльцемъ и различными коллективами сводится только къ мѣрѣ имущественной отвѣтственности, но само предпріятіе во всѣхъ случаяхъ остается однимъ и тѣмъ же самостоятельнымъ имущественнымъ комплексомъ, обращеннымъ на веденіе торговаго промысла (*Komplex eines selbstständigen und zum Handelsbetriebe angewendeten Vermögens*).

По отзыву Эндеманна, предпріятіе есть нѣчто большее, чѣмъ объектъ вещныхъ и личныхъ правъ; предпріятіе есть самостоятельный членъ промысловой жизни,

¹⁾ *Tabor*. Beitrag zur rechtlichen Erörterung der Verbindlichkeiten welche aus dem Eintritt in eine bestehende Handlungs Firma entspringen. Frankfurt a/M. 1826.

субъектъ кредита и торговой дѣятельности, передъ которымъ личность владѣльца отходитъ на задній планъ.

Въ меньшей степени признаетъ «субъективность предпріятія» Фельдерндорфъ. Для него предпріятіе представляется объектомъ вещныхъ и личныхъ отношеній, но вмѣстѣ съ тѣмъ нельзя отрицать, что одновременно предпріятіе является субъектомъ различныхъ отношеній оборота, своего рода *universitas bonorum*. Однако, эта безспорная субъективная функція предпріятія не оправдываетъ возведенія послѣдняго въ рангъ отдѣльной юридической личности. Съ Фельдерндорфомъ, по оригинальности своихъ воззрѣній, можетъ соперничать Валери. Какъ уже выше было упомянуто, этотъ писатель различаетъ между *maison de commerce* и *fonds de commerce*. Первый изъ нихъ — *maison de commerce* — Валери считаетъ за самостоятельнаго субъекта правъ ¹⁾; обособленное имущество торговаго дома составляетъ *fonds de commerce*. Ссылаясь на другого французскаго юриста Magnin, Валери утверждаетъ, что хотя и кажется на первый взглядъ страннымъ, что одно лицо имѣетъ нѣсколько имущественныхъ комплексовъ, однако, того требуетъ сама жизнь. Даже невозможность фактически провести демаркаціонную линію между обоими имущественными комплексами не служитъ для Валери препятствіемъ различать ихъ юридически. Въ этомъ отношеніи онъ проводитъ аналогію съ имуществомъ супруговъ при режимѣ ихъ общности. Хотя обѣ имущественныя сферы и смѣшиваются другъ съ другомъ, однако, онѣ остаются все же двумя, а не однимъ имущественнымъ комплексомъ. Таково же отношеніе *fonds de commerce* къ прочему достоянію принципала.

Возвышеніе предпріятія до степени обособленной юридической личности не встрѣтило сочувствія у большинства юристовъ, и господствующее мнѣніе, считая пред-

¹⁾ *Valery* op. cit. page 236.. la maison de commerce manifeste sa vie par ses actes et elle jouit des divers attributs, qui dans le monde juridique caractérisent les personnes. A mon avis elle a en effet un nom, un domicile, une nationalité, qui lui appartiennent en propre; elle a de même un crédit et un patrimoine, qu'il ne faut pas confondre avec le crédit et le patrimoine personnels du commerçant.

пріятіе однимъ изъ объектовъ правоотношеній, признаеть за владѣльцемъ субъективное право на принадлежашее ему предпріятіе. Какъ остроумно замѣтилъ Лабандъ, не къ чему создавать особую юридическую личность тамъ, гдѣ имѣется и безъ того право и дѣеспособное лицо. Право не терпитъ никакого излишества въ созданіи личностей и прибѣгаетъ къ искусственному приему *persona ficta* только тамъ, гдѣ иначе оказались бы безсубъектныя права и обязанности.

Такимъ образомъ, на-ряду съ предпріятіемъ, нужно признать существованіе единоличнаго или коллективнаго его владѣльца. Соотвѣтственно съ симъ, и фирма не есть самостоятельный субъектъ правъ и обязанностей, но, какъ и предпріятіе, объектъ субъективнаго на нее права владѣльца предпріятія. Субъектомъ правъ и обязанностей, возникающихъ въ торговомъ оборотѣ, изъ дѣятельности предпріятія является только владѣлецъ этого послѣдняго. Отвѣтственность владѣльца по обязательствамъ, возникающимъ изъ дѣятельности предпріятія, конструируется различно, въ зависимости отъ того, къ какой категоріи субъектовъ правъ принадлежитъ данный владѣлецъ. Единоличный владѣлецъ отвѣтствуетъ всѣмъ своимъ достояніемъ, какъ относящимся къ данному предпріятію, такъ и внѣ его лежащимъ, акціонеры общества—владѣльца предпріятія—не свыше суммы своихъ вкладовъ и т. д. Поэтому для третьихъ лицъ, вступающихъ въ дѣловыя отношенія съ предпріятіемъ, отнюдь не безынтересно знать, въ обладаніи какого лица, физическаго или юридическаго, а въ послѣднемъ случаѣ, какой именно разновидности юридическихъ лицъ, находится въ данное время это предпріятіе. Наглядность и быстрая общедоступность такихъ свѣдѣній имѣетъ огромное значеніе для кредита, составляющаго фундаментальное основаніе современнаго торговаго оборота. Эту потребность можно и должно удовлетворять при посредствѣ фирмы: въ своемъ содержаніи (сложеніи, начертаніи) она обязана отражать и эту сторону дѣла—указывать на юридическую фізіономію владѣльца индивидуализируемаго и воплощаемаго ею предпріятія.

Эта послѣдняя функція фирмы составляетъ какъ бы мость, который соединяетъ изложенные здѣсь выше

взгляды на сущность и значеніе фирмы съ тѣмъ господствующимъ ученіемъ о фирмѣ, которое видитъ въ ней имя торгово-промышленнаго дѣятеля.

Вышеизложенное даетъ основаніе къ слѣдующему выводу. Фирма служитъ для обозначенія предпріятія и указанія на юридическія свойства ея владѣльца. Такъ какъ для цѣлей правопорядка фирма является воплощеніемъ самого предпріятія, то право на фирму совпадаетъ съ правомъ на предпріятіе.

Какова же природа этого права на фирму? Ибо хотя это право знаменуетъ право на предпріятіе, но имѣетъ своимъ ближайшимъ предметомъ не какой либо тѣлесный объектъ, а имя или названіе, и потому это право не можетъ быть уложено въ рамки обыкновенныхъ правоотношеній, касающихся *res corporales*.

Въ этомъ отношеніи довольно яркую картину двухъ различныхъ воззрѣній представляетъ французское и нѣмецкое право.

Право всякаго человѣка на свое имя является самой абсолютною и неотчуждаемою его собственностью—*propriété inaliénable et imprescriptible* какъ выражается Алларъ¹⁾. Такое же право принадлежитъ промышленнику или торговцу, если онъ пользуется въ своей дѣятельности или своимъ гражданскимъ именемъ (*nom patronymique*) или даже выдуманнымъ названіемъ. Въ послѣднемъ случаѣ право собственности пріобрѣтается первенствомъ пользованія.

Что же это за право собственности на имя или на фантастическое названіе? Цѣлый рядъ старыхъ писателей, съ Сальветонъ во главѣ, говорятъ, не обинуясь, о такомъ же точно правѣ, какъ право собственности на тѣлесные объекты, формулированное статьей 544 гражданского кодекса²⁾. Но уже въ новой литературѣ встрѣчаются критическія замѣчанія по поводу этой теоріи, которая распространяетъ право собственности за его естественные предѣлы, и, напр., Бови прямо говорить, что положеніе «*le nom est une propriété*» является *apho-*

¹⁾ Allart, *Traité de la concurrence déloyale*, page 7.

²⁾ Совпадающій со ст. 420 законовъ гражданскихъ (т. X, ч. I Св. Зак. изд. 1900).

risme devenu banal ¹⁾. Поэтому и нѣкоторые авторы (напр. Mersier) и суды въ своихъ рѣшеніяхъ упоминаютъ уже не о правѣ собственности, въ тѣсномъ смыслѣ этого слова, но о нѣкоторомъ аналогичномъ правѣ собственности *sui generis*, которую можно защищать отъ посягательствъ со стороны другихъ (*une propriété d'une nature particulière que chacun a le droit de défendre contre les usurpations*). И дѣйствительно, съ одной стороны, ст. 1382 гражданского кодекса, съ другой—спеціальнй законъ 28 іюля 1824 года объ узурпаціи имени на фабричныхъ продуктахъ ²⁾ охраняютъ мѣрами гражданскими, а въ особомъ случаѣ, предусмотрѣнномъ закономъ 1824 года, и уголовными репрессіями неправомѣрное употребленіе торговаго имени.

Изъ изложеннаго видно, что пользованіе въ торгово-промышленномъ оборотѣ своимъ гражданскимъ именемъ, или какимъ либо названіемъ, есть лишь право торгово-промышленнаго дѣятеля. Подъ условіемъ, чтобы это пользованіе не нарушало правъ третьихъ лицъ, торгово-промышленный дѣятель совершенно свободенъ въ выборѣ имени и названія. Нарушенія права имени преслѣдуются или въ порядкѣ частнаго обвиненія или путемъ иска, причемъ инициатива въ этомъ дѣлѣ принадлежитъ исключительно только заинтересованнымъ лицамъ. Такимъ образомъ, на всемъ институтѣ права на торговое имя (фирму) лежитъ во Франціи печать частноправоваго характера въ чистѣйшемъ его видѣ.

Совсѣмъ иначе представляется отношеніе владѣльца къ фирмѣ въ такихъ странахъ, гдѣ имѣется и спеціальнй фирменный законъ, и торговый реестръ—напр., въ Германіи, Австріи и Швейцаріи. Всякій торгово-промышленный дѣятель обязанъ имѣть фирму (германское уложеніе § 29, австрійское § 19 и вводный законъ къ уложенію § 7, швейцарскій союзный законъ объ обязательствахъ § 865). Въ отношеніи выбора фирмы владѣлецъ предпріятія не совершенно свободенъ, а ограниченъ нормами закона, которыя, съ одной стороны, заботятся о

¹⁾ *Olshausen*. Das Verhältniss des Namenrechts zum Firmenrecht. Berlin 1900, S. 21—26.

²⁾ *Loi 28 Juillet 1824 relative aux alterations ou suppositions de noms dans les produits fabriqués.*

томъ, чтобы фирма соотвѣтствовала юридическому положенію владѣльца (фирма единоличная и коллективная, а въ послѣднемъ случаѣ указаніе на юридическую форму этого коллектива), съ другой, воспрепятствуютъ возникновеніе новыхъ фирмъ, схожихъ съ существующими. Не только сами заинтересованныя лица могутъ выступать противъ неправомѣрно употребляющихъ принадлежащую имъ фирму, но такое же вмѣшательство предоставлено и органамъ надзора (германское уложеніе § 37, австрійское § 26, швейцарскій законъ § 875).

Приведенное содержаніе позитивнаго закона должно было имѣть вліяніе и на воззрѣнія теоретической литературы по разсматриваемому вопросу о сущности права владѣльца на фирму. Въ этомъ правѣ не усматриваютъ, и совершенно притомъ основательно, одно только частно-правовое притязаніе, хотя субъективный интересъ въ охранѣ фирмы отъ посягательствъ третьихъ лицъ, несомнѣнно, имѣется. Охрана фирмы стоитъ подъ защитою нормъ публичнаго права, и въ этомъ вопросѣ наблюдается то переплетеніе частно и публично правовыхъ элементовъ, которое составляетъ типическую черту современнаго торговаго права. На-ряду съ правомъ на фирму выдвигается извѣстный, установленный нормами принудительнаго права, фирменный порядокъ. Въ основѣ его лежитъ общественный интересъ, который не можетъ быть ни измѣненъ, ни отмѣненъ частными соглашеніями.

Поэтому слѣдуетъ говорить не о правѣ на фирму, а объ обязанности имѣть фирму. Обязанность эта публично-правовая, относится къ мѣрамъ административнаго устроенія торговли. Въ основѣ ея лежитъ мысль о достиженіи наибольшей ясности и отчетливости правоотношеній, съ наименьшей для распознанія сего затратою труда, времени и усилій со стороны участниковъ торговаго оборота. Такая организація необходима въ быстромъ темпѣ движеній современной торгово-промышленной жизни, она обезпечиваетъ какъ интересы торговаго кредита, такъ и вообще поддержаніе добросовѣстности и довѣрія въ торговомъ правооборотѣ¹⁾.

¹⁾ Эти мысли особенно выпукло развиты у Haab. *Beitrag zur Geschichte und Dogmatik der Handelsfirma*. 1888 и *Schmauser*. *Das Recht an der Handelsfirma*. 1892.

Если отрѣшиться отъ частно-правового взгляда на фирму, признать необходимость публично-правового фирменного порядка (режима), то станетъ ясно, что, съ одной стороны, сложеніе фирмы должно быть подчинено извѣстнымъ правиламъ, съ другой, что для наблюденія за надлежащимъ исполненіемъ обязанности имѣть фирму нужна и особая для сего организація—торговый реестръ.

Фирменный порядокъ и торговый реестръ проводятъ рѣзкую границу между надлежаще устроеннымъ фирменнымъ институтомъ и тѣми зачатками его, которые можно наблюдать во французскомъ и нашемъ правѣ. Разница эта такъ велика и существенна, что оправдываетъ противоположеніе права на торговое имя, съ одной стороны, и фирменного права—съ другой. Несомнѣнно, что наличность фирменного права составляетъ, по условіямъ современнаго торговаго быта, прямую и настоящую необходимость въ каждой странѣ, и что единственный путь для государства, не имѣющаго надлежащаго фирменного порядка,—это стремиться къ скорѣйшему по возможности его введенію.

IV.

Изъ числа составныхъ частей предпріятія особое на себѣ вниманіе останавливаетъ торгово-промышленное заведеніе. Если фирма—символь цѣлостности торгово-промышленнаго предпріятія—является все же только однимъ изъ элементовъ этого послѣдняго, то торгово-промышленное заведеніе, играющее одинаково съ фирмою роль составной части и даже не представляющее собою, какъ фирма, воплощенія идеи цѣлостнаго предпріятія, тѣмъ не менѣе часто отождествляется съ предпріятіемъ настолько, что оба термина употребляются совершенно безразлично и замѣняютъ одинъ другого, какъ если бы они относились къ одному и тому же понятію.

Противъ этого смѣшенія и терминологіи и, что еще хуже, путаницы самыхъ понятій необходимо принять мѣры—выяснить сущность торгово-промышленнаго заведенія, его роль въ предпріятіи и соотношеніе съ прочими частями таковаго.

Какъ явствуеъ изъ самаго слова заведеніе, (нѣмецкое *Handelniederlassung*, французское *établissement*), оно прежде всего указываетъ на начальный моментъ дѣятельности торговца или промышленника—онъ осаживается на мѣстѣ, заводитъ все необходимое для своего промысла. Поэтому въ отношеніи уже существующаго торгово-промышленнаго дѣятеля это слово означаетъ и прикрѣпленіе торгово-промышленной дѣятельности къ опредѣленному мѣсту въ пространственномъ отношеніи (въ противоположность разносной и развозной торговлѣ) и необходимую обстановку, въ которой протекаетъ эта дѣятельность.

Предпріятіе есть форма проявленія самостоятельной промыслово-профессіональной торгово-промышленной дѣятельности. Существенную часть этой дѣятельности представляетъ, во-первыхъ, предложеніе профессиональныхъ услугъ третьимъ лицамъ (покупателямъ и кліентамъ), а, во-вторыхъ, вообще вступленіе въ различныя дѣловыя (юридическія) отношенія съ третьими лицами, въ связи съ осуществленіемъ профессионально-промысловой задачи (съ поставщиками, рабочими, кредиторами, агентами, коммисіонерами и т. д.). Сосредоточіе этой дѣятельности въ опредѣленномъ мѣстѣ и притомъ въ той обстановкѣ, которая для даннаго рода дѣятельности необходима (наприм., для продажи товаровъ нужно одно обзаведеніе, для заключенія страховыхъ или банковыхъ операцій—другое, для храненія и перевозки грузовъ—третье), и есть заведеніе торгово-промышленнаго предпріятія.

Итакъ, на первый планъ выступаетъ значеніе заведенія, какъ мѣста нахожденія предпріятія съ юридической точки зрѣнія. Эта функція заведенія была отмѣчена еще классическимъ учителемъ торговаго права, проф. Генрихомъ Телемъ ¹⁾, который въ своемъ курсѣ говоритъ, что заведеніе образуетъ сосредоточіе торговаго промысла въ пространственномъ отношеніи, указываетъ на мѣсто, гдѣ торгово-промышленный дѣятель имѣетъ или лично самъ или черезъ своего довѣреннаго пребываніе для дѣ-

¹⁾ *H. Thöl. Das Handelsrecht Bd. I. § 51, S. 167.... das Etablissement geschieht regelmässig durch Öffnung eines Handelslocals, welches den örtlichen Mittelpunkt des Handelsbetriebes bildet und wo der Kaufmann persönlich oder vertreten zu finden ist.*

ловыхъ отношеній. Въ этомъ отношеніи заведеніе подобно мѣстожительству лица, являющемуся сосредоточіемъ всѣхъ его имущественныхъ и личныхъ отношеній. Но, несмотря на сходство между тѣмъ и другимъ, это двѣ совершенно разныя сферы: частное мѣстоительство—*forum domicilii*, заведеніе—*forum contractus* или *gestae administrationis*. Приведенное мнѣніе Теля повторяетъ почти дословно большинство писателей, а нормы позитивнаго права даютъ конкретное обоснованіе тому, что нужно подразумѣвать подъ «сосредоточіемъ торговаго промысла въ пространственномъ отношеніи».

Торговая регистрація предпріятія происходитъ по мѣстонахожденію заведенія предпріятія (ст. 29 германскаго торговаго уложенія, 19—австрійскаго, 865—швейцарскаго закона объ обязательствахъ). Точно также и во Франціи, гдѣ нѣкоторое подобіе регистраціи установлено для коллективныхъ предпріятій, копія товарищескаго договора представляется секретарю того мирового судьи, въ участкѣ коего находится торговое заведеніе предпріятія (§§ 55 и 59 закона объ обществахъ 24 іюля 1867 года). Приблизительно такой же порядокъ принятъ въ ст.ст. 59—61 устава торговаго, согласно которому выписки изъ товарищескихъ договоровъ торговыхъ домовъ представляются въ городскія управы, а въ столицахъ и Одессѣ—въ купеческія. Однако, въ упомянутыхъ статьяхъ закона не указана пространственная компетенція городскихъ и купеческихъ управъ, т. е. является ли подлежащею управою та, гдѣ былъ заключенъ товарищескій договоръ, или же та, гдѣ находится заведеніе даннаго торговаго дома. Но если принять во вниманіе, что съ представленіемъ выписки связано и оповѣщеніе купечества печатными листами, а дѣлать послѣднее имѣетъ смыслъ только въ томъ раіонѣ, гдѣ протекаетъ дѣятельность торговаго дома, можно заключить, что подлежащею для представленія выписки изъ товарищескаго договора городскою или купеческою управою является управа мѣстонахожденія торговаго заведенія.

Далѣе, юридическое значеніе заведенія проявляется въ томъ, что оно признается законнымъ мѣстомъ исполненія обязательствъ, возникшихъ по торгово-промышленной дѣятельности. Такъ, §§ 269, 270 германскаго гра-

жданскаго уложенія и §§ 324, 325 австрійскаго торговаго уложенія одинаково указываютъ, что если по торговымъ обязательствамъ не указано въ договорѣ мѣсто исполненія или таковое не опредѣлено само собою условіями договора, то законнымъ мѣстомъ исполненія почитается торговое заведеніе должника (обязаннаго лица). Исключеніе составляютъ уплаты наличными деньгами или платежными средствами, законнымъ мѣстомъ исполненія коихъ является торговое заведеніе не должника, а вѣрителя.

Французскій законъ не содержитъ аналогичнаго германо-австрійскому праву правила, и § 1247 гражд. кодекса устанавливаетъ легальнымъ мѣстомъ исполненія обязательствъ мѣстожительство должника (*domicile du débiteur*). Однако, толкованіе употребленнаго въ законѣ термина «мѣстожительство» склоняется къ признанію за этимъ слова значенія *domicile commercial*, заведенія, отличнаго отъ гражданскаго мѣстожительства должника-купца ¹⁾.

Нашъ законъ вообще скупъ на постановленія, касающіяся указанія легальнаго мѣста исполненія. Въ X т., 1 ч. св. зак. лишь въ отношеніи купли-продажи движимыхъ вещей указано, что «покупщикъ обязанъ заплатить продавцу цѣну проданнаго имущества въ надлежащее время и въ надлежащемъ мѣстѣ наличными деньгами или обязательствами по условію», т. е. какъ будто бы вовсе не знаетъ легальнаго мѣста исполненія, ибо въ приведенной статьѣ сопоставленіе словъ «въ надлежащемъ мѣстѣ»... «по условію» приводитъ къ заключенію, что законъ требуетъ лишь аккуратнаго исполненія договорнаго соглашенія о мѣстѣ исполненія. Повидимому, того же мнѣнія держится и Побѣдоносцевъ ²⁾, а Высочайше учрежденная коммисія по составленію гражданскаго уложенія находитъ ³⁾, что «ни въ этой, ни въ какой-либо другой статьѣ X т., 1 ч., не опредѣлено, что слѣдуетъ разумѣть подъ надлежащимъ мѣстомъ и временемъ исполненія».

¹⁾ См. *Valéry. Maison de commerce et fonds de commerce. Annales de droit commercial*, 1902, pages 237—239.

²⁾ Курсъ гражданскаго права т. III, стр. 149.

³⁾ Обязательства т. I, стр. 179.

Единственное положительное указание даетъ русскій вексельный уставъ, гдѣ въ ст. 44 говорится, что требованіе платежа по векселю предъявляется подлежащему лицу въ его «конторѣ или иномъ торговомъ помѣщеніи», причемъ Государственный Совѣтъ въ мотивахъ къ этой статьѣ отмѣчаетъ, что если мѣсто платежа по векселю не указано, то таковымъ «должны почитаться контора или иное торговое помѣщеніе должника, гдѣ сосредоточены всѣ его торговыя дѣла, и только при отсутствіи такого помѣщенія вексель долженъ быть предъявленъ въ занимаемомъ должникомъ помѣщеніи—его квартирѣ».

Такимъ образомъ, въ ст. 44 устава о векселяхъ за конодатель ясно выразилъ мысль, что торговое заведеніе есть легальное мѣсто исполненія одного вида обязательствъ—вексельныхъ. Въ русской литературѣ торговаго права заведеніе истолковывается, какъ мѣсто жительства купца для всѣхъ торговыхъ правоотношеній. Такъ проф. Шершеневичъ говоритъ ¹⁾ «...когда приходится опредѣлять мѣсто исполненія, необходимо имѣть въ виду, что въ торговомъ оборотѣ дѣйствуютъ не отдѣльныя лица, а предпріятія... а потому мѣсто исполненія опредѣляется не мѣстомъ жительства предпринимателя, не его частною квартирою, а мѣстомъ дѣятельности предпріятія, т. е. торговымъ заведеніемъ». Въ такомъ же родѣ выражается и проф. Цитовичъ ²⁾—«торговецъ дома здѣсь въ заведеніи, здѣсь его нужно искать, здѣсь онъ обязанъ быть лично или черезъ представителя».

Равнымъ образомъ проектъ гражданскаго уложенія (въ ст. 90 окончательной редакціи) признаетъ легальнымъ мѣстомъ исполненія мѣстожительство должника, а по договорамъ, относящимся къ торговлѣ должника, мѣстонахожденіе его торговаго заведенія.

Значеніе заведенія, какъ мѣста нахожденія предпріятія, ясно сказывается еще и въ вопросѣ подсудности.

И въ этомъ случаѣ германо-австрійскіе законы отличаются полною опредѣленностью и законченностью

¹⁾ Курсъ торговаго права т. II, стр. 125.

²⁾ Учебникъ торговаго права 1891 г., стр. 61.

своихъ статей. Такъ § 21 германскаго устава гражданскаго судопроизводства устанавливаетъ, что всѣ иски противъ лица, занимающагося промысловою дѣятельностью и имѣющаго заведеніе, предъявляются суду того пространственнаго раіона, въ предѣлахъ коего находится торговое заведеніе отвѣтчика. Такого же содержанія и австрійскій законъ (§ 87). Французскій процессуальный законъ (§ 420 Code de proc. civ.), предоставляя истцу право выбора между судами мѣста жительства отвѣтчика, мѣста заключенія и исполненія торговыхъ сдѣлокъ, открываетъ дорогу для толкованія употребленнаго въ указанной статьѣ термина (*domicile du défendeur*) въ смыслѣ не частной квартиры отвѣтчика, а его торговаго заведенія и въ отношеніи торговыхъ коллективовъ подобная интерпретація закона не возбуждаетъ никакихъ сомнѣній¹⁾. Русское законодательство наиболѣе близко подходит по своему содержанію именно къ французскому праву.

Русскій процессуальный законъ въ обоихъ представляющихъ его уставахъ судопроизводства какъ гражданскаго, такъ и торговаго, одинаково различаетъ между единоличнымъ отвѣтчикомъ и коллективными лицами. Въ первомъ случаѣ компетентенъ судъ мѣста жительства отвѣтчика (ст.ст. 203—205 уст. гражд. судопр., 154 уст. судопр. торг.), во второмъ—тотъ судъ, въ округѣ котораго находится «правленіе или фирма», какъ выражается уставъ судопроизводства гражданскаго (ст.ст. 220, 221) и только «фирма», согласно уставу судопроизводства торговаго (ст. 158).

Такого прямого правила, какое существуетъ, напр., въ нѣмецкомъ правѣ о томъ, что мѣсто жительства отвѣтчика—торгово-промышленнаго дѣятеля—есть именно его торговое заведеніе, нашъ законъ не знаетъ. Однако, данное въ ст. 204 легальное объясненіе понятія мѣста

¹⁾ Напр., *Lyon Caen et Renoult* Manuel du droit commercial говорятъ (§ 1370)... la société, comme un individu, est domiciliée là ou elle a son principal établissement.

жительства ¹⁾ настолько широко, что может объять и торговое заведение. По толкованію русских процессуалистов, ст. 204 у. гражд. суд. указываетъ на два параллельных признака мѣстожительства—общественный, какова осѣдность и частно-имущественный—домашнее обзаведеніе ²⁾. Поэтому и торговое заведение может обусловить жительство своего владѣльца, но при различіи въ адресѣ частной квартиры и торговаго заведенія въ томъ же городѣ мѣстомъ жительства отвѣтчика будетъ выбранъ, несомнѣнно, первый адресъ ³⁾.

Что же касается отвѣтчиковъ—коллективныхъ лицъ, то мысль закона безусловно правильна, а именно, что подсудность опредѣляется торговымъ заведеніемъ предприятия, но только этотъ, самъ по себѣ вѣрный, смыслъ закона искаженъ неудачною терминологіей: вмѣсто слова «заведеніе» употреблено «фирма». Однако, судебною практикою этотъ недостатокъ устраненъ и изъ сенатскихъ разъясненій видно, что высшій судъ въ Имперіи подъ именемъ фирмы разумѣетъ торговое заведеніе.

Такъ, въ рѣшеніи отъ 31 октября 1902 г. по дѣлу Ларіонова съ товариществомъ для эксплуатаціи Чальской Горы подъ фирмою Поздѣевъ и Церетели судебный д-тъ Прав. Сената совершенно основательно отмѣтилъ, что въ отношеніи территоріальной подсудности исковъ выраженіе закона «по мѣсту нахожденія фирмы» означаетъ «не фирму въ тѣсномъ смыслѣ слова, т. е. торговое наименованіе даннаго товарищества, которое, очевидно, никакого пребыванія или нахожденія, съ точки зрѣнія подсудности, имѣть не можетъ» ⁴⁾. Въ другомъ рѣшеніи

¹⁾ «Постоянное мѣсто жительства полагается тамъ, гдѣ кто, по своимъ занятіямъ, промысламъ, или по своему имуществу, либо по службѣ военной или гражданской, имѣетъ осѣдность или домашнее обзаведеніе».

²⁾ Проф. *Малышевъ*—курсъ гражданского судопроизводства, стр. 166. Проф. *Гольмстенъ*. Учебникъ русскаго гражданского судопроизводства, стр. 59.

³⁾ Проф. *Каминка*. Очерки торговаго права, стр. 107 указываетъ, что къ единоличному предпріятію должны примѣняться правила объ искахъ къ предпринимателю.

⁴⁾ Къ сожалѣнію, во второй части этого рѣшенія Прав. Сенатъ становится на мало пріемлемую точку зрѣнія, разумѣя подъ мѣстомъ нахожденія фирмы или мѣсто нахожденія правленія (противъ чего возражать нельзя), а гдѣ его нѣтъ,

отъ 7 января 1899 г. по дѣлу общества Азовскаго пароходства тотъ же департаментъ разъяснилъ, что въ смыслѣ признака, устанавливающаго подсудность, «подъ фирмою, о которой въ законѣ не существуетъ особаго опредѣленія, слѣдуетъ разумѣть, какъ это уже неоднократно разъясняемо было Правит. Сенатомъ, такой органъ, посредствомъ котораго товарищество, общество, компанія производятъ свои торговыя операціи, отправленія и свою юридическую дѣятельность».

Такимъ образомъ, хотя и не въ полной мѣрѣ, а, къ сожалѣнію, лишь частично, и наше право стоитъ на той точкѣ зрѣнія, что и въ отношеніи подсудности торговое заведеніе, какъ прикрѣпленіе предпріятія къ мѣсту, должно имѣть рѣшающее значеніе.

Итакъ, на основаніи вышеизложеннаго, можно придти къ заключенію, что заведеніе есть прикрѣпленіе предпріятія къ мѣсту, и что эта функція заведенія имѣетъ несомнѣнно юридическое значеніе. Но такъ какъ на практикѣ разныя установленія торговаго предпріятія могутъ занимать какое-либо мѣсто въ пространственномъ отношеніи, то возникаетъ вопросъ, каковы же характерныя признаки торговаго заведенія, въ чемъ его сущность, какъ отличить его отъ другихъ, схожихъ съ нимъ, явленій.

Ни въ одномъ, кажется, законодательствѣ не имѣется опредѣленія понятія заведенія, а высказанныя по этому поводу мнѣнія писателей не отличаются однообразіемъ.

Прежде всего имѣется группа писателей, которые, повидимому, вовсе не замѣчаютъ обособленнаго отъ предпріятія существованія торговаго заведенія и безразлично употребляютъ оба термина, относя ихъ, какъ синонимы, къ одному и тому же понятію. Такъ, напр., поступаетъ Козакъ въ своемъ учебникѣ и Штробль въ специальной монографіи; изъ русскихъ ученыхъ того же взгляда придерживается проф. Удинцевъ. Послѣдній изъ названныхъ авторовъ, хотя и признаетъ, что торгово-промышленное заведеніе есть видимая и мѣстная прикрѣпленность торгово-промышленнаго предпріятія, являющагося лишь пла-

мѣстожительство товарищей, которые могутъ по закону быть привлечены къ отвѣту по иску, вчиненному товариществу (sic!).

номъ и замысломъ профессиональной дѣятельности, однако, въ дальнѣйшемъ изложеніи приурочиваетъ все ученіе о предпріятіи къ заведенію. Въ обоснованіе такого метода проф. Удинцевъ ссылается на положительный законъ, употребляющій терминъ заведеніе, а не предпріятіе, и находитъ это вполне естественнымъ, такъ какъ предпріятіе есть явленіе экономическое, а не юридическое ¹⁾).

Тѣ же изъ юристовъ, которые противопоставляютъ предпріятіе и заведеніе, указываютъ два признака этого послѣдняго. По мнѣнію однихъ, заведеніе есть мѣсто, откуда и гдѣ совершаются всѣ операціи, относящіяся къ осуществленію профессионально-промысловой дѣятельности предпріятія ²⁾; по отзыву другихъ въ заведеніи кромѣ того, сосредоточивается управленіе дѣятельностью предпріятія, направленіе, распоряженіе и руководство всѣмъ дѣломъ ³⁾. Въ частности, русскіе авторы отмѣчаютъ: проф. Цитовичъ, что въ заведеніи протекаетъ вся юридическая дѣятельность предпріятія, проф. Шершеневичъ характеризуетъ торговое заведеніе, какъ «мѣсто дѣятельности торговаго предпріятія, обставленное всѣми средствами, приспособленными къ этой цѣли». Проф. Удинцевъ опредѣляетъ торгово-промышленное заведеніе, «какъ центръ дѣятельности, а тѣмъ самымъ и пунктъ, къ которому приурочены многочисленныя правоотношенія, представляющія интересъ для третьихъ лицъ».

Честъ введенія въ русское законодательство понятій предпріятіе и заведеніе принадлежитъ, несомнѣнно, фискальному закону — положенію о государственномъ промысловомъ налогѣ. Согласно ст. 366 уст. о прям. налог., этому налогу подлежатъ торговые и промышленныя предпріятія, а согласно ст. ст. 409, 411, 412 того же устава, промысловыя свидѣтельства выбираются на торговые и промышленныя заведенія. Любопытно, кстати, отмѣтить, что тотъ же уставъ (ст. 410) различаетъ между торговымъ заведеніемъ и складочнымъ помещеніемъ.

Разъясненія устава о прямыхъ налогахъ даютъ инте-

¹⁾ Торгово-промышленное право, стр. 217, 221.

²⁾ Въ своихъ учебникахъ: *Behrend*, S. 220, *Endemann* S. 56, *Lehmann* S. 103, *Цитовичъ* стр. 60, *Шершеневичъ* стр. 158.

³⁾ Напр. *Völderndorf* въ *Endemann Handbuch* I S. 184.

ресный матеріалъ къ познанію сущности заведенія. Барка для дровъ, лѣсной дворъ, товарный складъ были признаваемы въ фискальной практикѣ за торговыя заведенія, поскольку въ нихъ совершались, хотя бы и отдѣльныя, продажныя сдѣлки. Наоборотъ, отпускъ товара со склада покупателю не даетъ основанія считать складъ за торговое заведеніе. Съ другой стороны, конторы предпріятій, если дѣятельность ихъ ограничивалась веденіемъ счетоводства и отдачею административныхъ и хозяйственныхъ по предпріятію распоряженій не были причислены къ торговымъ заведеніямъ. Однако, пріемъ такими конторами заказовъ превращалъ ихъ въ торговыя заведенія ¹⁾.

Уже изъ приведенныхъ весьма немногихъ примѣровъ видно, что съ точки зрѣнія практики промысловаго обложенія заведеніемъ почитается такое помѣщеніе предпріятія, въ которомъ совершаются юридическія сдѣлки съ внѣ предпріятія стоящими лицами и притомъ такія сдѣлки, которыя по своему содержанію относятся къ профессионально-промысловой дѣятельности данного предпріятія.

Въ проектѣ положенія о госуд. пром. налогѣ понятіе торговаго заведенія нѣсколько уточнено и подъ этимъ терминомъ подразумѣвается помѣщеніе, изъ коего производятся торговля всякаго рода товарами или иныя торговыя операціи, составляющія одинъ видъ промысла ²⁾.

Изъ всего вышеизложеннаго слѣдуетъ, казалось бы, вывести такое заключеніе.

Не всѣ внѣшнія и видимыя проявленія прикрѣпленности предпріятія къ мѣсту могутъ быть названы торговыми заведеніями и вызывать тѣ юридическія послѣдствія, кои свойственны этимъ послѣднимъ (о таковыхъ послѣдствіяхъ подробно было уже выше пояснено). Признаками, характеризующими заведеніе, являются: а) заключеніе въ этомъ помѣщеніи юридическихъ сдѣлокъ съ третьими лицами, посторонними предпріятію; б) заключеніе сдѣлокъ, относящихся по своему предмету къ кругу профессионально-промысловой дѣятельности данного предпріятія и в) въ надлежащей, приспособленной для указанной цѣли, обстановкѣ.

¹⁾ Практика взята изъ книги фонъ Цуръ-Мюлена: Положеніе о государственномъ пром. налогѣ. СПб. 1910 г. ч. II.

²⁾ Проектъ съ постанетными замѣчаніями, стр. 116.

Хотя послѣдній пунктъ и вызываетъ по своей эластичности нѣкоторыя возраженія, однако, необходимость его, какъ опредѣляющаго признака, стоитъ совершенно внѣ сомнѣній. Право всегда считается съ внѣшними, доступными воспріятію третьихъ, критеріями, а торговое, по специфическимъ особенностямъ дѣлового оборота, въ особенности нуждается въ такихъ реквизитахъ. Торговое заведеніе существуетъ для обслуживанія третьихъ лицъ и этимъ послѣднимъ необходимо имѣть въ своемъ распоряженіи данныя, дающія имъ основаніе предполагать, что они находятся именно въ торговомъ заведеніи. Соотвѣтственная обстановка является даже основаніемъ для правовыхъ притязаній третьихъ лицъ. Какъ извѣстно, дѣйствующій въ подобной обстановкѣ персоналъ предполагается управомоченнымъ на заключеніе сдѣлокъ, входящихъ въ кругъ операций даннаго предпріятія и, такимъ образомъ, для третьихъ лицъ, публики, кліентовъ сама обстановка заведенія замѣняетъ довѣренность, полномочіе принципала своимъ служащимъ¹⁾.

При этихъ условіяхъ обстановка, очевидно, не безразлична и должна быть учтена въ качествѣ одного изъ характеризующихъ торговое заведеніе признаковъ.

Означенная обстановка совершенно, конечно, различна, въ зависимости отъ рода дѣятельности предпріятія и масштаба этой послѣдней. Въ одномъ случаѣ необходима наличность товара (въ розничныхъ торговыхъ заведеніяхъ), въ другомъ—однихъ только пробъ и образчиковъ (напр., въ оптовыхъ заведеніяхъ), въ третьемъ—лишь торговыя книги, дѣловые документы и касса (въ страховыхъ, банковыхъ и т. п. заведеніяхъ), въ четвертомъ—надлежаще-оборудованное помѣщеніе (гостиницы), и, что въ каждомъ данномъ случаѣ является необходимымъ, представляетъ всегда *quaestio facti*.

Уже изъ опредѣленія торговаго заведенія видно, что предпріятія могутъ одинаково имѣть и одно и нѣсколько торговыхъ заведеній. Въ случаѣ, если заведеній нѣсколько, возникаетъ вопросъ о взаимномъ ихъ соотношеніи. Тутъ возможны три комбинаціи, а именно:

¹⁾ Германское торговое уложеніе § 56, уст. торг. ст. 19 и рѣшеніе судебного д-та Правит. Сената отъ 25 окт. 1901 г. за № 1794, по дѣлу Егорова.

1) всѣ заведенія одинаковы по своимъ функціямъ и другъ отъ друга совершенно самостоятельны; 2) одно заведеніе является главнымъ, а другія—его отдѣленіями (филіалами), въ той или другой степени зависимости, и 3) заведенія одинаковы, но между ними установлена какая-либо связь, и они по отношенію другъ къ другу не вполне самостоятельны, а какимъ-либо образомъ взаимно координированы.

Въ отношеніи одной изъ функцій—служить мѣстомъ исполненія сдѣлокъ—множественность торговыхъ заведеній, при условіи полной самостоятельности каждаго изъ нихъ, можетъ повести лишь къ тому, что по однимъ сдѣлкамъ будетъ одно мѣсто исполненія, а по другимъ—другое. Въ тѣхъ странахъ, гдѣ дѣйствуетъ торговая регистрація, существуетъ правило объ отдѣльномъ занесеніи въ реестръ торговыхъ заведеній, поскольку они расположены въ районахъ различныхъ реестровъ ¹⁾. При этой практикѣ легко можетъ оказаться, что фирма, допущенная въ одномъ реестрѣ, окажется идентичною съ фирмою, уже занесенною ранѣе въ другой реестръ, куда, однако, она должна быть занесена въ виду мѣстонахожденія одного изъ заведеній даннаго предпріятія (фирмы). Въ этихъ случаяхъ законодатель предписываетъ реестровому судѣ внести такую добавку въ начертаніе вновь заносимой фирмы, чтобы она явственно отличалась отъ уже существующей. Но изъ этого необходимаго компромисса отнюдь не слѣдуетъ выводить заключенія, какъ это дѣлаютъ нѣкоторые писатели, что различныя заведенія, а въ особенности, если они самостоятельны другъ отъ друга, могутъ имѣть разныя фирмы ²⁾. Съ моей точки зрѣнія подобное заключеніе не можетъ быть иначе оцѣнено, какъ *contradictio in adjectum* ³⁾.

Вопросъ о подсудности при наличности нѣсколькихъ заведеній затронутъ отчасти и нашимъ законодательствомъ, а именно ст. 221 устава гражд. судопр. говоритъ объ искахъ, возникающихъ изъ договоровъ, за

¹⁾ Германское гражд. уложеніе § 13, австрійское 21, швейцарскій законъ 865.

²⁾ Напр., *Strobl* op. cit, S 32.

³⁾ То же отмѣчаетъ въ своемъ учебникѣ и *Lemann* op. cit, S 105.

ключенныхъ мѣстными конторами и даже агентами компаний, обществъ и товариществъ. Для этихъ исковъ формуъ имѣеть альтернативный характеръ—или по мѣсту правленія или по мѣсту нахождения конторъ и агентствъ. Это постановленіе Правит. Сенатъ именуетъ изъятіемъ изъ общихъ правилъ и далѣе объясняетъ, что «установленіе подобнаго изъятія имѣеть своимъ основаніемъ то соображеніе, что мѣстныя агентства и конторы фирмы имѣють у себя, какъ постоянные ея представители, и всѣ необходимыя данныя для разрѣшенія споровъ, могущихъ произойти по заключеннымъ ими сдѣлкамъ на мѣстѣ ихъ заключенія» ¹⁾).

Но, въ виду того, что въ отношеніи единоличныхъ предприятий у насъ дѣйствуетъ fogum личнаго мѣстожителства, а не нахождения заведенія, наличность нѣсколькихъ заведеній не измѣняетъ подсудности, если только для этого нѣтъ другихъ, предусмотрѣнныхъ уставомъ гражданскаго судопроизводства, основаній.

V.

Выше было указано, что элементы торговыхъ заведеній чрезвычайно разнообразны. Есть, однако, одинъ элементъ, имѣющій болѣе или менѣе общій характеръ, свойственный почти всѣмъ торгово-промышленнымъ заведеніямъ, это—вывѣска.

Такъ какъ торговое заведеніе по существу своему предназначено къ обслуживанію публики, то явилась потребность въ снабженіи его внѣшними отличительными признаками, помогающими установить и его мѣстонахождение и родъ той профессионально промысловой дѣятельности, которая осуществляется въ данномъ заведеніи. Этой цѣли служить, обыкновенно, вывѣска. Уже этимологія этого термина ясно показываетъ, что вывѣска есть нѣчто такое, что вывѣшено, т. е. предметъ, помѣщенный снаружѣ торговаго помѣщенія. Въ зависимости отъ рода торговли, отъ размѣровъ дѣятельности торговаго предприятия и заведенія, отъ вкусовъ, наклонностей и степени интеллигентности публики и кліентовъ, наконецъ, даже отъ мѣстныхъ

¹⁾ Суд. д-тъ Правит. Сената 5 дек. 1891 г., № 1718, по дѣлу Жаброва.

обыкновеній вувѣска видоизмѣняетъ свое содержаніе. Въ однихъ случаяхъ для цѣлей вувѣски пригодны наглядные рисунки, въ другихъ напечатанныя, написанныя, нарисованныя или какимъ-либо еще инымъ способомъ изображенныя слова. Иногда вувѣска указываетъ только на родъ промысловой дѣятельности заведенія (напр., «Мелочная лавка», «Табачная торговля», «Канцелярскія принадлежности», «Трактиръ безъ крѣпкихъ напитковъ», «Аптекарскій магазинъ», «Моды»). Къ такому обозначенію въ нѣкоторыхъ случаяхъ присоединяется имя собственника, хозяина торговаго предпріятія или заведенія (въ рѣдкихъ случаяхъ даже арендатора). Засимъ бываетъ, что въ вувѣскѣ упоминается фирма торговаго предпріятія, къ составу коего принадлежитъ данное заведеніе. Далѣе, въ вувѣску могутъ быть включены крылатыя слова рекламнаго характера («удивительно все дешево», «лучшій табакъ», «вина лучшихъ заграничныхъ и русскихъ фирмъ»). Наконецъ, возможно присвоеніе заведенію какого-либо особаго наименованія для отличія его отъ другихъ подобныхъ же заведеній, что принято либо въ данной мѣстности, либо даже повсемѣстно въ отношеніи нѣкоторыхъ родовъ промысловой дѣятельности (трактировъ, ресторановъ, аптекъ, гостиницъ, бюро похоронныхъ процессій, модныхъ магазиновъ и т. п.).

Вувѣски этого послѣдняго рода особенно по сходству своему съ фирмою представляютъ особый интересъ, но задачею права является провести ясное разграниченіе въ юридическихъ послѣдствіяхъ этихъ двухъ схожихъ, но далеко не одинаковыхъ, явленій, ибо не нужно забывать, что вувѣска есть названіе заведенія, фирма—предпріятія и притомъ воплощеніе не матеріальнаго блага, заключающагося въ этомъ послѣднемъ.

Если, такимъ образомъ, не можетъ быть и рѣчи о такой всесторонней регламентаціи въ общественныхъ интересахъ права на вувѣску, каковая свойственна по отношенію къ праву на фирму, то все же нельзя сказать, чтобы вопросъ о вувѣскѣ былъ бы положительнымъ законодательствомъ всецѣло предоставленъ усмотрѣнію самихъ торгово-промышленныхъ дѣятелей.

Такъ, въ Германіи промышленники, имѣющіе торго-

выя и, въ частности, гостиничныя и ресторанныя заведенія, предназначенныя для публики, обязаны на наружной стѣнѣ помѣщеній означенныхъ заведеній или при входѣ въ эти заведенія обозначать ясными и удобочитаемыми буквами фамилію и, по крайней мѣрѣ, одно изъ своихъ крестныхъ именъ.

Въ отношеніи заведеній, принадлежащихъ предпріятіямъ съ фирмою, требуется обозначеніе этой послѣдней, если только изъ сложенія фирмы видны фамилія и одно изъ именъ владѣльца. Въ коллективахъ необходимо такое же обозначеніе фамиліи и имени одного изъ непосредственно отвѣтственныхъ товарищей съ присоединеніемъ прибавки, указывающей на наличность товарищества; имена прочихъ могутъ не быть обозначены, но полиція имѣетъ право, если почему-либо признаетъ это нужнымъ, потребовать выставленія именъ всѣхъ полныхъ товарищей. Такимъ образомъ, если выставленіе на вывѣскѣ фирмы не позволяетъ узнать имени и фамиліи владѣльца, то имя и фамилія всетаки должны быть выписаны, и само изображеніе фирмы является уже факультативнымъ. За неисполненіе приведенныхъ выше правилъ о вывѣскѣ виновные подвергаются штрафу до 150 м. или, въ случаѣ несостоятельности, аресту до 4 недѣль (ст.ст. 15-а, 148, п. 14 устава о промышленности). Равнымъ образомъ, и австрійскій уставъ о промышленности предписываетъ дѣлать соотвѣтственныя обозначенія на заведеніяхъ и позволяетъ имъ пользоваться какъ этимъ, такъ и прочими средствами въ цѣляхъ распространенія о себѣ свѣдѣній въ публикѣ (§ 44). Изъ послѣдующихъ статей этого устава (§§ 46—50) видно, что подъ словомъ соотвѣтственныя обозначенія законъ разумѣетъ имя, фирму, гербы и особыя названія заведенія.

Австрійско-германскому образцу слѣдуетъ и русское право. Статьями 439 и 532 устава о прямыхъ налогахъ (государственный промысловый налогъ) предусмтрѣно обязательство плательщиковъ имѣть на каждомъ заведеніи или складочномъ помѣщеніи соотвѣтственную вывѣску подъ угрозою денежнаго взысканія не свыше 10 р. за неимѣніе вывѣски.

Характернымъ отличіемъ нашего закона отъ иностранныхъ образцовъ является, во-первыхъ, распростра-

неніе имъ обязательства имѣтъ вывѣску и за предѣлы торговыхъ заведеній (и на складочныя помѣщенія), а, во-вторыхъ, полнѣйшее умолчаніе о томъ, каково должно быть содержаніе вывѣски. Эти особенности вполне понятны, если имѣтъ въ виду, что вопросъ о вывѣскѣ получилъ регламентацію въ специально фискальномъ законѣ¹⁾.

Кромѣ указанныхъ статей устава о прямыхъ налогахъ, имѣющихъ отношеніе ко всѣмъ вывѣскамъ, и еще ст. 45 устава о наказаніяхъ, мировыми судьями налагаемыхъ, которая караетъ арестомъ до 7 дней или штрафомъ до 25 р. виновныхъ въ выставленіи явно соблазнительныхъ изображеній (что, конечно, относится и къ вывѣскамъ), въ нашихъ законахъ имѣется еще нѣсколько сепаратныхъ постановленій о вывѣскахъ. Такъ, согласно ст. 330 устава о промысл., «общая ремесленная управа мастерамъ цеха даетъ вывѣски», на основаніи п. 6 прим. 2 ст. 258 того же устава «торговья заведенія, занимающіяся продажей маргарина и искусственнаго масла, должны имѣтъ на видныхъ мѣстахъ вывѣску съ надписью, что въ нихъ производится торговля означенными продуктами»; засимъ, вмѣнено въ обязанность имѣтъ «соотвѣтственно» вывѣски ссуднымъ кассамъ (ст. 256 устава о пред. и прес. прест.), заведеніямъ для продажи питей и трактирнаго промысла (ст. 615 устава объ акцизн. сб. и ст. 13 положенія о тракт. пром.).

Если въ приведенныхъ статьяхъ, относящихся до нѣкоторыхъ лишь категорій вывѣсокъ, даны кое-какія указанія, относительно содержанія вывѣсокъ²⁾, то одно ограниченіе, касающееся всѣхъ вывѣсокъ, установлено въ административномъ порядкѣ—циркулярнымъ распоря-

¹⁾ Въ циркулярѣ Министерства Финансовъ отъ 9 ноября 1898 г., за № 29599, совершенно правильно отмѣчено, что ст. 439 имѣетъ своею цѣлью только облегчить лицамъ торговаго надзора производство провѣрки торговли и промысловъ... почему обязательно, чтобы вывѣска указывала на нахожденіе въ данномъ мѣстѣ торговаго или промышленнаго заведенія, или складочнаго помѣщенія.

²⁾ Ст. 1128 устава объ акц. сб. устанавливаетъ за неимѣніе надлежащей вывѣски штрафы въ размѣрѣ 30 р., если нарушеніе будетъ учинено на заводѣ, въ подвалѣ или оптовомъ складѣ, и 15 р., когда оно будетъ учинено въ заведеніи для раздробительной продажи питей.

женіемъ Министерства Торговли и Промышленности отъ 10 августа 1911 г., за № 18463, запрещено помѣщать на вывѣскахъ заведеній тѣхъ фирмъ, кои не приобрѣли черезъ выставленіе своихъ издѣлій на всероссійскихъ выставкахъ права изображенія государственнаго герба, какъ таковой гербъ, такъ и всякія сходственныя съ нимъ изображенія ¹⁾).

Право изображенія герба на вывѣскахъ не передается перепродавцамъ издѣлій фирмы, имѣющей право на гербъ. Лица, виновныя въ нарушеніи этого распоряженія, должны быть обязываемы подпискою, что впредь не будутъ пользоваться такими изображеніями, и могутъ быть привлекаемы къ уголовной отвѣтственности по ст.ст. 1357² и 1357³ улож. о наказ., карающихъ виновныхъ значительными денежными штрафами (не свыше 100 р., при повторности до 200 р.).

Такимъ образомъ, въ отношеніи содержанія вывѣсокъ⁴ торгово-промышленные дѣятели несравненно свободнѣе, чѣмъ въ сложеніи фирмы, ибо съ фирмою связано осуществленіе правоотношеній оборота, тогда какъ, наоборотъ, съ вывѣскою подобныхъ послѣдствій не соединено. Поэтому и право на вывѣску существенно отличается отъ права на фирму.

Поскольку вывѣска содержитъ лишь указанія на родъ промыслово-профессіональныхъ дѣйствій, совершающихся въ данномъ заведеніи или даже включаетъ въ себя какія либо прибавки рекламнаго характера, право на вывѣску сводится, въ сущности, къ праву на тѣлесную вещь (*res corporalis*). Такая вывѣска можетъ быть свободно передана и вмѣстѣ съ торгово-промышленнымъ заведеніемъ, на помѣщеніи котораго она прикрѣплена, и отдѣльно отъ него продана или отдана всякому третьему лицу ²⁾. Если на вывѣскѣ обозначено гражданское имя владѣльца предпріятія, то, при переходѣ заведенія къ другому лицу, подобная вывѣска подлежитъ соотвѣтственному измѣненію.

¹⁾ Кромѣ указанныхъ предпріятій, право на государственный гербъ имѣютъ: казенныя промышленныя заведенія, аптеки и поставщики Императорскаго Двора.

²⁾ Ср. *Гусаковъ-Нерсесовъ*. Торговое право 1896 г., стр. 58, «Вывѣска переходитъ съ заведеніемъ безпрепятственно, но это не значитъ, что перешла фирма».

По германо-австрийскому праву это не подлежит никакому сомнѣнію, въ виду ясныхъ указаній самого закона; для другихъ странъ этотъ вопросъ рѣшается въ томъ же смыслѣ, исходя изъ общихъ началъ права на имя, являющееся личнымъ правомъ *par excellence*. Однако, въ нашихъ бытовыхъ условіяхъ истинность фамилій на вывѣскахъ составляетъ мало соблюдаемое правило, такъ какъ нѣтъ такого органа, который *ex officio* слѣдилъ бы за правильностью вывѣсокъ въ этомъ отношеніи. Но нельзя, повидимому, отрицать, что собственникъ имени, изображеннаго на вывѣскѣ, можетъ предъявить искъ объ уничтоженіи его имени на вывѣскѣ, перешедшей въ обладаніе другого и употребляемой въ качествѣ вывѣски торговаго заведенія.

Если вывѣска содержитъ въ себѣ обозначеніе фирмы, то право на вывѣску опредѣляется правомъ на фирму.

Въ особомъ положеніи стоятъ вывѣски, заключающія въ себѣ индивидуальное обозначеніе самого заведенія—на нихъ нужно признать особое право, право, которое защищается и которое можетъ быть передаваемо.

Право на вывѣску построено во французскомъ юридическомъ міровоззрѣніи, на тѣхъ основаніяхъ, на которыхъ въ этой странѣ зиждется режимъ борьбы съ недобросовѣстною конкуренціей. По мнѣнію однихъ писателей ¹⁾, существуетъ субъективное право промышленника и торговца на его кліентеллу, и право это нарушается, когда третьи лица какими-либо способами стремятся отвратить кліентеллу, публику отъ даннаго промышленника или торговца (*détourner la clientèle, l'usurpation d'achalandage*). По мнѣнію другихъ писателей ²⁾, самая конкуренція есть право, но право, поставленное въ опредѣленныя границы, за которыми это право превращается уже въ неправо. А это случается тогда, когда промышленникъ или торговецъ, въ осуществленіи своего права конкуррированія, затрагиваетъ такое же право своего соперника, тѣмъ или другимъ способомъ вторгается въ чужую правовую сферу. Онъ совершаетъ тѣмъ деликтъ или *quasi-деликтъ* и даетъ основаніе

¹⁾ *Gastambide, Pouillet, Allart* и др.

²⁾ *Laurent, Walbroeck, Gaston Mayer* и др.

для вчиненія къ нему иска о возмѣщеніи убытковъ, причиненныхъ его деликтными дѣйствіями. Практическая разница между этими двумя теоріями сводится къ тому, что первая группа писателей (болѣе многочисленная) признаетъ право на вывѣску, вторая же ограничивается лишь защитой владѣльца вывѣски отъ неправомѣрныхъ на нее посягательствъ со стороны другихъ конкурентовъ¹⁾.

Право на вывѣску, говоритъ Allart, имѣетъ двоякій смыслъ—прежде всего это право на названіе заведенія, на извѣстную эмблему, затѣмъ это право на матеріальный объектъ, служащій для воплощенія даннаго названія или эмблемы. Въ первомъ смыслѣ вывѣска имѣетъ значеніе средства сохранить и увеличить клиентелу торгово-промышленнаго заведенія. Такъ какъ вывѣска есть не цѣль, а лишь средство, то право собственности на нее имѣетъ относительный и аксессуарный характеръ. Вывѣска есть флагъ заведенія, исключительное право на него мыслимо только при условіи достаточной его индивидуальности и распознаваемости отъ другихъ, служащихъ для той же цѣли. Сходство или несходство обуславливаютъ возможность смѣшенія заведенія съ другими, и эта возможность смѣшенія служитъ руководящимъ критеріемъ для опредѣленія границъ права на вывѣску.

Прежде всего, исключительное право владѣльца вывѣски существуетъ не въ отношеніи всякаго третьяго лица, а только противъ торгово-промышленнаго профессиональнаго дѣятеля, и притомъ, такого, который можетъ считаться конкурентомъ. Послѣднее ограниченіе проявляется въ двоякомъ отношеніи—предметномъ и пространственнымъ. Конкурентомъ можетъ быть лишь представитель той же отрасли торговли и промышленности и дѣйствующій притомъ въ томъ же районѣ²⁾, и только

¹⁾ Такъ, напр., *Gastambide* говоритъ: l'enseigne sert à individualiser l'établissement commercial... à ce titre elle est l'objet d'un véritable droit de propriété. Наоборотъ, *Laurent*: l'enseigne ne peut pas faire l'objet d'une usurpation proprement dite, car elle ne constitue pas une propriété spéciale comme les marques de fabrique. Mais l'usurpation de l'enseigne tombe sous l'application de l'art. 1382.

²⁾ Вопросъ о границахъ такого района чистѣйшее *quaestio facti*.

этому конкуренту, въ тѣсномъ смыслѣ слова, владѣлецъ вывѣски можетъ, въ силу принадлежащаго ему исключительнаго права, запретить пользованіе одинаковой или явно сходственной вывѣской и взыскать возникшіе для него отъ выставленія такой вывѣски убытки.

Право на вывѣску возникаетъ (оригинерно, т. е. первично) въ силу первенства фактическаго пользованія или деривативными (производными) способами приобрѣтенія (куплей-продажею, наслѣдованіемъ и т. п.), но связано, въ самомъ существованіи, своею цѣлью и потому безвозвратно утрачивается, если владѣлецъ прекратилъ профессионально-промысловую дѣятельность.

Вывѣска составляетъ часть торговаго заведенія, а не помѣщенія, въ которомъ заведеніе расположено. А потому, хотя вывѣска и связана внѣшнимъ образомъ съ недвижимостью (прикрѣплена къ стѣнѣ зданія), она ни въ какомъ случаѣ не можетъ почитаться принадлежностью такой недвижимости ¹⁾. Съ переходомъ заведенія въ другое помѣщеніе переходитъ и вывѣска, а съ переходомъ заведенія въ другія руки, вывѣска становится достояніемъ новаго владѣльца заведенія. По мнѣнію французскихъ юристовъ, нужна въ договорѣ особая оговорка, дабы предупредить переходъ вывѣски вмѣстѣ съ заведеніемъ къ новому владѣльцу этого послѣдняго ²⁾. Переходъ права на вывѣску безъ заведенія теоретически допускается французскими юристами, но такое разъединеніе вывѣски отъ заведенія представляется имъ лишь теоретическою гипотезою, но не случаевъ практической жизни. Мѣры противъ нарушителя права на вывѣску

¹⁾ Въ очень рѣдкихъ случаяхъ французская практика допускаетъ отступленіе отъ этого правила, а именно, когда названіе присвоено собственно не заведенію, а зданію, въ которомъ оно помѣщается, есть названіе именно самого зданія (напр., галлерей Виктора Эммануила въ Миланѣ, Palais Royal въ Парижѣ, Милютини ряды въ Спб. и т. п. Большое сомнѣніе въ нѣкоторыхъ случаяхъ могутъ возбуждать имена гостиницъ. Приурочено ли названіе къ гостиничному заведенію или къ гостиничному зданію?

²⁾ Эта практика получила закрѣпленіе въ законѣ 17 марта 1909 года о продажѣ и залогѣ торговыхъ предпріятій; въ ст. 1 означеннаго закона говорится, что, при отсутствіи особаго перечисленія въ актѣ продажи того, что переходитъ покупателю, считается перешедшимъ къ нему право на вывѣску.

сводятся къ иску о воспрещеніи пользоваться вывѣскою, посягающей на право другого конкуррента и на возмѣщеніе происшедшаго отъ пользованія такою вывѣскою ущерба.

Германское право проводитъ рѣзкую разницу между правомъ на фирму и правомъ на вывѣску. Кто выбралъ индивидуальное обозначеніе для своего заведенія, тотъ не приобрѣлъ этимъ исключительнаго права на такое названіе, и послѣднее можетъ быть защищаемо лишь настолько, поскольку заимствование его и подражаніе ему подпадаютъ подъ дѣйствіе закона о борьбѣ съ недобросовѣстною конкуренціей ¹⁾. Нѣмецкіе юристы, подобно французскимъ, связываютъ вывѣску съ заведеніемъ, но не съ помѣщеніемъ, въ коемъ оно расположено, и признають возможность передачи этого названія вмѣстѣ съ заведеніемъ; но обособленная передача безъ заведенія представляется имъ совершенно недопустимой ²⁾.

Защита вывѣски—и притомъ не только содержанія, но и самаго ея внѣшняго вида, поскольку послѣдній имѣетъ индивидуализирующій порядокъ, осуществляется при помощи § 16 закона о недобр. конкуренціи. Согласно этому постановленію закона, только такое употребленіе вывѣски, какъ и всякаго иного особаго отличительнаго знака заведенія, подлежитъ запрету, которое можетъ въ дѣловомъ оборотѣ вызвать смѣшеніе двухъ торгово-промышленныхъ заведеній. При намѣренности вызвать такой эффектъ—возмѣщеніе убытковъ. Право иска принадлежитъ только потерпѣвшему (профессіональнымъ организаціямъ—право выступать противъ нарушителей, какъ это имѣетъ мѣсто въ другихъ случаяхъ недобросовѣстной конкуренціи, не предоставлено) ³⁾. Защитою пользуются только такіа вывѣски, кои заключаютъ въ себѣ что либо характерное и специфическое. Какъ поясняетъ комментаторъ закона о недобросовѣстной конкуренціи, Фульдъ, нужно, чтобы вывѣска, претендующая на защиту по § 16, исполняла функцію не только пояснительно-

¹⁾ *Staub*. Комментарій къ § 15 Н. Г. В.

²⁾ Напр. *Lobe* Die Bekämpfung des unlauteren Wettbewerbs Bd. I, S. 293/294.

³⁾ *Fuld*. Комментаріи къ закону о недоброс. конкуренціи, стр. 292.

описательную, но и отличительную отъ другихъ заведеній. Возможно достиженіе индивидуализирующаго значенія присоединеніемъ какой либо прибавки къ просто-описательной вывѣскѣ (Hôtel просто и Carlton Hôtel), но мыслимо и самостоятельно индивидуализирующее обозначеніе безъ присоединенія описательныхъ функцій (Goldene, 110).

Въ Австріи § 46 устава о промышленности запрещаетъ употребленіе чужого имени, фирмы, гербовъ и названія заведенія.

Приблизительно такія же воззрѣнія на право вывѣски образовались и въ Швейцаріи. Въ одномъ изъ очень уже нынѣ давнихъ рѣшеній союзнаго суда проведено рѣзкое различіе между фирмою—именемъ, которое даетъ владѣлецъ своему предпріятію,—и вывѣскою, свободно избраннѣмъ названіемъ заведенія. Вывѣска не пользуется защитой фирменнаго права, но охраняется статьей 50 союзнаго закона объ обязательствахъ, потому что, если владѣлецъ и не имѣетъ права на вывѣску, то нельзя отрицать у него наличности заслуживающаго правовой охраны интереса на то, чтобы его вывѣскою не пользовались, какъ средствомъ введенія въ заблужденіе кліентовъ и способствованія смѣшенію ими его заведенія съ другими, ему аналогичными. Интересъ владѣльца къ вывѣскѣ настолько высоко оцѣнивается швейцарскою практикою, что пріоритетъ пользованія вывѣскою превалируетъ надъ фирменною заявкою. Если въ видѣ фирмы заявляется названіе уже существующаго предпріятія или таковое вводится въ составъ заявляемой фирмы, то такая заявка можетъ быть оспорена заинтересованными лицами. Но, конечно, только индивидуальное названіе подлежитъ охранѣ по силѣ ст. 50 федеральнаго закона объ обязательствахъ и, съ этой точки зрѣнія, даже Grand-Hôtel было признано обозначеніемъ только описательнымъ, какъ указывающимъ только на извѣстныя свойства гостиницы ¹⁾.

Теоретически возможна и у насъ защита вывѣски по силѣ 684 ст. X т. I ч., но насколько у насъ вообще не развита борьба съ недобросовѣстною конкуренціей,

¹⁾ *Schuler*. Die Concurrence diloyale. Zurich 1895. S. 145—149.

настолько и защита вывѣски практически трудно осуществима ¹⁾. Въ одномъ изъ своихъ рѣшеній Прав. Сенатъ разъяснилъ недопустимость схожихъ вывѣсокъ, но сдѣлалъ это въ отношеніи вывѣсокъ съ изображеніемъ сходственныхъ фирмъ. Такимъ образомъ, защита вывѣски была въ этомъ рѣшеніи Сената проведена подъ флагомъ защиты фирмы ²⁾.

¹⁾ Въ русской литературѣ было высказано мнѣніе, что полиція, имѣющая обязанность слѣдить «за внѣшнимъ благочиніемъ» должна наблюдать за вывѣсками и не допускать выставленія явно сходныхъ и вводящихъ въ заблужденіе. Ошибочность такого взгляда убѣдительно доказана *Чернощековымъ* въ его «Право промышленной клиентеллы» Спб. 1894 г., стр. 128.

²⁾ Указъ Прав. Сената отъ 8 дек. 1883 года по дѣлу Дунча съ Боекъ (Сборникъ Вильсона № 96).

ГЛАВА ВТОРАЯ.

I.

Изъ какого бы опредѣленія сущности фирмы ни исходить, нельзя отрицать, что главное ея назначеніе служить индивидуализирующимъ признакомъ отдѣльной торгово-промышленной дѣятельности и отличіемъ этой послѣдней отъ другихъ, ей подобныхъ. Индивидуализирующія и отличительныя свойства фирмы присущи ей, во первыхъ, въ смыслѣ ея произношенія и, во вторыхъ, въ видѣ ея начертанія. Это одновременное фонетическое и графическое значеніе фирмы было еще отмѣчено въ средневѣковой итальянской терминологіи, которая различала имя въ произношеніи (*ditta*) отъ имени въ письменномъ начертаніи (*figma*). Въ нашъ вѣкъ преобладанія письменности и всеобщей грамотности *figma* естественно выступила на первый планъ, а *ditta* осталась въ тѣни. Поэтому и современныя законодательства, поскольку они затрагиваютъ вопросъ о томъ, каково должно быть торговое имя, касаются почти исключительно фирмы, т. е. имени въ письменномъ его изображеніи.

Въ сферѣ гражданскаго оборота свобода выбора имени поставлена въ извѣстныя границы. Для чело-вѣка нельзя придумать имени, можно лишь выбрать ему одно изъ уже существующихъ. Точно также и въ отношеніи торговаго имени свобода выбора и работа чело-вѣческой фантазіи находятъ конечный свой предѣлъ въ нѣкоторыхъ обязательныхъ нормахъ закона. ¹⁾

¹⁾ Проф. *Цитовичъ*. Учебникъ торговаго права 1891 г., стр. 64, совершенно правильно отмѣчаетъ «для фирмы выбора нѣтъ; редакція и начертаніе фирмы необходимо должны быть составлены такъ, а не иначе».

Кругъ правилъ, касающихся начертанія фирмы, въ различныхъ законодательствахъ далеко не одинаковъ, но принципы, лежащіе въ основаніи подобныхъ правилъ, имѣютъ совершенно общій характеръ.

Фирма индивидуализируетъ торгово-промышленную дѣятельность; важно, что, будучи кличкою, именемъ этой дѣятельности, фирма являлась бы правдивою характеристикою этой послѣдней, не служила средствомъ введенія въ заблужденіе участниковъ торговаго оборота и покупающей публики. Эта правдивость можетъ быть разнаго объема и касаться различныхъ сторонъ дѣла—детали въ этомъ отношеніи зависятъ отъ законодательства и судебно-административной практики каждой страны, но принципъ истинности фирмы остается всюду однимъ и тѣмъ же руководящимъ началомъ.

Фирма не только индивидуализируетъ торгово-промышленную дѣятельность, но и служитъ отличительнымъ для нея признакомъ. Поэтому фирма должна предупреждать смѣшеніе разныхъ индивидуальныхъ торгово-промышленныхъ дѣятельностей. Отсюда слѣдуетъ, что одна фирма не можетъ быть тождественна или слишкомъ схожа съ другими фирмами. Эту сторону въ дѣлѣ начертанія фирмъ характеризуютъ, какъ принципъ исключительности фирмы.

Фирма есть внѣшній признакъ сохраненія предпріятіемъ своего внутренняго тождества. Когда желаютъ, чтобы предпріятіе оставалось, несмотря на переходъ изъ рукъ въ руки и на другія измѣненія, все тѣмъ же, какимъ оно было ранѣе, стремятся сохранить его фирму въ полной неприкосновенности, ибо по фирмѣ третьи лица привыкли отличать данное предпріятіе отъ прочихъ, ему аналогичныхъ. Это принципъ постоянства и неизмѣнности фирмы.

Такимъ образомъ истинность, исключительность и постоянство фирмы составляютъ краеугольные камни современнаго законодательства о начертаніи фирмы. Строго логическое отъ начала до конца проведеніе cadaго изъ этихъ принциповъ оказывается, однако, на практикѣ совершенно невозможнымъ въ виду неизбежнаго въ этомъ случаѣ противорѣчія въ послѣдствіяхъ. Поэтому правила о начертаніи фирмъ заключаютъ въ себѣ всегда

компромиссъ между логическими выводами изъ основныхъ началъ. Въ зависимости отъ того, какому изъ этихъ принциповъ дано преобладаніе, въ какомъ сочетаніи съ нимъ находятся остальные начала, получается та или иная картина національнаго законодательства.

Указанные принципы—истинность, исключительность и постоянство въ сложеніи фирмы—находятъ закрѣпленіе въ болѣе или менѣе разработанномъ видѣ въ статьяхъ закона. Содержаніе послѣднихъ богато дополняетъ обыкновенно судебная и административная практика. Совокупность этихъ правилъ направлена къ тому, чтобы не допускать возникновенія неправильныхъ фирмъ и измѣнять таковыя, если онѣ тѣмъ не менѣе возникаютъ. Достигненіе этого результата возможно двоякимъ путемъ. Если фирма представляетъ вполнѣ частно правовой институтъ, то устраненіе неправильнаго сложенія фирмъ должно составлять заботу тѣхъ лицъ, интересы коихъ затронуты такимъ начертаніемъ фирмы (конкуренты). Очевидно, что эти лица могутъ добиваться прекращенія фирмы или измѣненія ея начертанія уже послѣ того, какъ неправильная фирма пущена въ обращеніе. Другими словами, дѣятельность заинтересованныхъ лицъ сводится къ возстановленію нарушеннаго фирменнаго порядка.

Иначе совершенно обстоитъ дѣло, если фирма признается публично-частно-правовымъ институтомъ. Въ фирменномъ порядкѣ, въ недопущеніи фирмъ съ неправильнымъ и незаконнымъ сложеніемъ заинтересована непосредственно государственная власть, которая осуществляетъ черезъ своихъ агентовъ надзоръ надъ самымъ сложеніемъ фирмъ въ начальный моментъ, еще до обнародованія и распространенія начертанія фирмы среди третьихъ лицъ. Контролируя законообразное сложеніе каждой фирмы, государство предупреждаетъ появленіе неправильныхъ фирмъ. Разумѣется такой порядокъ не исключаетъ и возстановленія нарушенныхъ правъ со стороны заинтересованныхъ лицъ, но во всякомъ случаѣ облегчаетъ задачу этихъ послѣднихъ. Кромѣ того, при наличности правительственнаго надзора за сложеніемъ фирмъ въ самый моментъ ихъ возникновенія обезпечиваются въ большей или меньшей степени интересы по-

купающей публики, которые при системѣ частно-правовыхъ исковъ остаются совершенно не защищенными.

Въ тѣхъ государствахъ, гдѣ торговое имя превратилось въ надлежаще разработанный институтъ фирмы и гдѣ существуетъ торговый реестръ, тамъ при самой записи въ реестръ фирмъ осуществляется предварительный надзоръ за правильностью ихъ сложенія. Наоборотъ, въ странахъ, гдѣ торгового реестра нѣтъ, надзоръ за фирмами невозможенъ; однако, почти во всѣхъ государствахъ имѣется надзоръ за образованіемъ коллективныхъ лицъ и, такимъ образомъ, предварительный контроль надъ сложеніемъ фирмъ осуществляется, если не въ полной мѣрѣ и не въ отношеніи всѣхъ фирмъ, то все-таки хоть частично, для фирмъ коллективовъ.

Прежде чѣмъ обратиться къ разсмотрѣнію того, какъ осуществляются на практикѣ указанные выше принципы истинности, исключительности и постоянства въ начертаніи фирмъ, необходимо предпослать два замѣчанія.

Господствующее ученіе различаетъ между фирмами первичными и производными. Первый изъ означенныхъ терминовъ характеризуетъ впервые въ данномъ мѣстѣ появляющіяся фирмы, заводимыя для вновь возникающихъ предпріятій. Второе названіе относится къ фирмамъ предпріятій, кои переходятъ изъ рукъ въ руки, продолжаютъ, несмотря на смѣну владѣльцевъ, свое дальнѣйшее существованіе. Это дѣленіе, имѣющее, какъ это будетъ видно изъ послѣдующаго изложенія, серьезное значеніе съ точки зрѣнія того ученія, которое усматриваетъ въ фирмѣ торговое имя купца, совершенно не нужно для той доктрины, которая считаетъ фирму названіемъ торгово-промышленнаго предпріятія. Если фирма есть названіе торгово-промышленнаго предпріятія, то она всегда будетъ первичной, пока существуетъ предпріятіе, а если это послѣднее прекратитъ свое существованіе, то фирма исчезнетъ вмѣстѣ съ нимъ.

Въ сложеніи фирмы нужно различать двѣ части — основную и необходимую, такъ называемый корпусъ фирмы, и добавленія. Корпусъ есть самое названіе фирмы, т. е. то, что есть во всѣхъ безъ исключенія фирмахъ. Прибавленія къ этому корпусу имѣются въ сложеніи не всѣхъ, а лишь нѣкоторыхъ фирмъ. Иныя добавленія

имѣють обязательный характеръ, другія — факультативный.

Если, такимъ образомъ, корпусъ фирмы составляетъ необходимую часть, а добавленія лишь возможную, то въ фирмахъ, гдѣ добавленія имѣются, они составляютъ все-таки необходимую и интегральную часть сложенія фирмы. Послѣдняя не можетъ употребляться только при условіи начертанія корпуса; пользованіе фирмою правомѣрно лишь при употребленіи сложенія фирмы въ полномъ, несокращенномъ ея составѣ.

II.

Изъ трехъ, указанныхъ выше принциповъ, истинность фирмы играетъ первенствующую роль. Сущность этого принципа сводится, по опредѣленію объяснительной записки къ дѣйствующему германскому торговому уложенію ¹⁾, къ тому, что сложеніе фирмы должно соответствовать дѣйствительнымъ фактамъ, касающимся даннаго предпріятія и, въ особенности, указывать на личность владѣльца фирмы. Идеальная цѣль, преслѣдуемая законодателемъ, путемъ осуществленія принципа истинности фирмы направлена, по словамъ Лёвентала ²⁾, на то, чтобы поднять степень правовой обеспеченности торгового оборота, предупредить обманъ публики и не дать свободы дѣйствія субъектамъ, склоннымъ къ различнаго рода актамъ недобросовѣстной конкуренціи. Практическая же и ближайшая цѣль принципа истинности фирмы, говоритъ другой нѣмецкій писатель Марксъ ³⁾, дать возможность контрагенту и всѣмъ третьимъ лицамъ безошибочно распознавать владѣльца фирмы, не прибѣгая для этого къ справкамъ по торговому реестру. Такимъ образомъ, при проведеніи принципа истинности фирмы обращается прежде всего вниманіе на то, чтобы фирма указывала на настоящаго владѣльца торгового предпріятія, а затѣмъ уже соответствовала прочимъ дѣйствительнымъ отношеніямъ даннаго торгового дѣла.

¹⁾ *Hahn-Mugdan*. Die gesammten Materialien zu den Reichs-lustizgesetzen Bd VI, S. 215.

²⁾ *Loewenthal*. Das Firmenrecht S. 111.

³⁾ *Marx*. Firmenrechtliche Grundbegriffe, S. 10.

Эти прочія фактическія отношенія находятъ свое отраженіе въ добавленіяхъ къ корпусу фирмы. Къ числу такихъ именно отношеній предпріятій относятся: 1) юридическая форма владѣнія торгово-промышленнымъ предпріятіемъ (единоличное, полное товарищество, коммандита, акціонерная компанія); 2) указанія, служащія для отличія личности владѣльца или предпріятія (напр., «преемникъ», «вдова», «братья», обозначеніе предмета предпріятія и т. п.); 3) рекламныя прибавки («центральный», «единственный», «старѣйшій» и т. п.).

Относительно имени владѣльца предпріятія (сложеніе корпуса фирмы) законодательство европейскихъ государствъ и дополняющая таковое судебная практика даютъ слѣдующія указанія.

Рядъ европейскихъ законодательствъ останавливается на опредѣленіи фирмы единоличнаго предпріятія: послѣдняя должна состоять изъ фамиліи владѣльца съ прибавленіемъ, по желанію послѣдняго, его имени (швейцарскій законъ объ обязательствахъ ст. 867, австрійское торговое уложеніе § 16, шведскій законъ 1887 г. § 9, 1). Германское уложеніе (§ 18) требуетъ обязательнаго присоединенія къ фамиліи по крайней мѣрѣ одного сполна выписаннаго имени. Другія законодательства вовсе не останавливаются на этомъ вопросѣ (Франція, Англія, Соед. Штаты Сѣв. Америки) и считаютъ, что торговымъ именемъ единоличнаго владѣльца предпріятія можетъ быть одинаково и его фамилія и псевдонимъ и даже абстрактное, выдуманное названіе, не имѣющее ничего общаго съ обозначеніемъ личнаго имени (предметная фирма).

Въ одной части Россіи—въ Вел. Кн. Финляндскомъ—дѣйствуетъ законъ, подобный шведскому, австрійскому и швейцарскому. Согласно этому закону (2 мая 1895 года) «фирма отдѣльнаго промышленника должна содержать его фамилію вмѣстѣ съ именемъ или безъ имени». Въ остальныхъ частяхъ Имперіи вопросъ объ обязательномъ сложеніи единоличной фирмы закономъ вовсе не предусмотрѣнъ, а судебная практика, какъ совершенно справедливо отмѣчаетъ профессоръ Шершеневичъ, выяснила какую фирма можетъ быть, но не какую она должна быть¹⁾. Необходимо ли у насъ теперь, чтобы

¹⁾ Курсъ торговаго права, т. I, стр. 191.

вновь возникающая единоличная фирма непременно состояла из имени и фамилии владельца, или же допускала полная свобода в выборе, стоит под большим сомнением, причем, как будто бы по некоторым данным правильнее склониться в сторону, именно, свободы выбора. Так, в одном из своих решений Правительствующий Сенат противопоставляет право торговать на общем основании, под собственным именем и фамилией, с правом торговли под фирмой, «т. е. или под известным названием, или под каким либо именем и фамилией, не зависящими от имени и фамилии хозяина торгового предприятия». Упомянув, затем, о полном умолчании закона относительно единоличной фирмы, Сенат делает заключение, «что торговля единичного лица под какою либо фирмой допускается законом настолько, насколько она не противна общим началам торгового и гражданского быта¹⁾. Гораздо определеннее высказывается по этому поводу Министерство Юстиции. По отзыву названного ведомства «торговые обычаи и судебная практика всегда склонялись к тому, что совпадения гражданского имени купца с фирмой не требуется ни при самом возникновении предприятия, ни при переходе его к другим лицам». Далее Министерство Юстиции отметило, что в действующих законах установлено вполне определенно, что фирма есть имя не купца, а дела ». . . , а потому и следует прийти к заключению, что в России ни законом, ни обычаем не установлено т. наз. принципа истинности фирмы, а потому таковая и у отдельных купцов, и у товариществ, и у акционерных обществ может быть одинаково отвлеченной²⁾.

Проекты закона о фирмах противоположны действующему порядку вещей. Еще в 80-х годах прошлого столетия сенатор Тур в своем проекте о торговой записи указывал, что «купец может обратиться в свою фирму только названием своей фамилии с присоединением к ней, буде пожелает, имени и отчества или начальных букв оных»³⁾. Равным образом со-

¹⁾ 31 окт. 1891 года по делу Амлонга с Форштремом.

²⁾ «Русское Слово» 1 сент. 1909 г., № 200.

³⁾ Указанный проект ст. 14.

ставители гражданского уложения проектировали: «занимающийся торговым промыслом или ремеслом безъ товарищей въ правѣ пользоваться въ видѣ фирмы своею фамиліей, съ присоединеніемъ къ ней своего имени и отчества или безъ этого присоединенія»¹⁾. Наконецъ, одинъ новѣйшій правительственный проектъ возвращается вновь къ редакціи проекта сенатора Тура.

Итакъ, будущая практика сложенія единоличной фирмы не найдетъ въ русскомъ быту какихъ либо твердо установившихся традицій и обыкновеній, а потому представляется, быть можетъ, не безполезнымъ дать въ послѣдующихъ строкахъ краткое обозрѣніе главнѣйшихъ вопросовъ иностранной (германской) практики.

Центръ въ сложеніи фирмы единоличнаго предпріятія — обозначеніе фамиліи владѣльца. Въ фирму должна быть включена фамилія, приобрѣтенная по рожденію, а равно вслѣдствіе послѣдующаго акта узаконенія или усыновленія. Можетъ быть употреблена только та фамилія, которая принадлежитъ данному лицу въ данное время на основаніи законовъ страны²⁾ и притомъ эта принадлежащая по закону фамилія должна быть употреблена въ сложеніи фирмы въ томъ точномъ начертаніи, въ какомъ она присвоена субъекту на основаніи надлежащихъ, законно о томъ свидѣтельствующихъ документовъ (метрическія свидѣтельства, паспорта и др. подобныя офиціальныя акты); поэтому клички, не вошедшія въ обозначеніе фамилій по паспортамъ и другимъ документамъ (явленіе весьма частое у крестьянъ) и измѣненія фамилій въ цѣляхъ ихъ руссифицированія (напр. замѣна окончаній — «яицъ», на «овъ», «къ», на «скій») и т. п. не могутъ *stricto jure* получать отраженіе въ начертаніи и произношеніи фирмы.

Въ иностранной практикѣ возникалъ вопросъ о томъ, составляютъ ли титулы, а въ особенности, дворянскіе предикаты («de», «von», «van», а у насъ, сверхъ того, «теръ», «ханъ» и т. п.) интегральную часть фамиліи или же они могутъ быть, по усмотрѣнію владѣльца фамиліи, опущены или прибавлены. По толкованію большинства

¹⁾ Гражданское уложение т. II, Спб. 1902 г., ст. 585.

²⁾ Напр. законовъ, опредѣляющихъ фамилію лица въ связи со вступленіемъ въ бракъ и расторгненіемъ послѣдняго.

юристовъ, вопросъ этотъ долженъ быть рѣшенъ въ строгомъ соотвѣтствіи съ правилами національнаго закона ¹⁾ (напр. въ Германіи, гдѣ такія нормы закона относятся къ предметамъ мѣстнаго, а не имперскаго законодательства, рѣшеніе указаннаго вопроса не отличается единообразіемъ).

Другой практически важный вопросъ сводится къ тому, возможно ли и допустимо ли, во первыхъ, для супруговъ, ведущихъ совмѣстно торговлю, присоединеніе къ фамиліи мужа, дѣвической фамилии жены, а, во вторыхъ, для замужней женщины или вдовы, ведущей единолично торговлю, пользоваться на ряду съ фамиліей мужа еще и своею дѣвической фамиліей. Господствующее мнѣніе считаетъ возможнымъ присоединеніе къ подлинной фамиліи еще и дѣвической фамиліи, но не въ качествѣ интегральной части корпуса фирмы, а лишь какъ одно изъ допустимыхъ прибавленій, разъ оно не противорѣчитъ дѣйствительнымъ фактамъ. Но при этомъ должны быть приняты мѣры къ тому, чтобы двойная фамилія не производила впечатлѣнія фирмы полнаго товарищества, напр., была сдѣлана передъ дѣвической фамиліей добавка «geb» (урожд., рожд.).

Большинство европейскихъ законодательствъ, какъ уже выше было отмѣчено, считаютъ прибавку имени къ фамиліи факультативной и только германское требуетъ включеніе въ фирму по крайней мѣрѣ одного сполна выписаннаго имени. Такъ какъ у огромнаго большинства обитателей Европы по нѣсколько личныхъ именъ (у католиковъ и лютеранъ), то на практикѣ возникаютъ многочисленные и порой сложные вопросы относительно выбора между этими именами. Въ Россіи, гдѣ большинство православнаго населенія имѣетъ по одному имени, вопросъ этотъ естественно почти совершенно отпадаетъ, но зато возникаетъ другая, неизвѣстная западно-европейскому быту проблема, относительно отчества ²⁾.

¹⁾ См. *Мархор*. cit. S. 84, который приводитъ длинный списокъ писателей, рѣшавшихъ этотъ вопросъ и въ положительномъ и отрицательномъ смыслахъ.

²⁾ Законъ считаетъ отчество однимъ изъ индивидуализирующихъ личность признаковъ. Если и безъ употребленія отчества не возникаетъ затрудненія въ обозначеніи извѣстнаго лица, то отчество утрачиваетъ свое значеніе—см., напр., ст. 1047 гражд. зак. (Св. Зак. X т. 1 ч.).

Наиболѣе строгая германская практика требуетъ полного, несокращеннаго начертанія одного имени, а въ остальномъ предоставляетъ свободу усмотрѣнія владѣльцу фирмы; другими словами, только одно и притомъ любое имя входитъ въ корпусъ фирмы, обозначенія же остальныхъ именъ (полныя или сокращенныя) составляютъ факультативныя добавленія къ корпусу фирмы.

Германская практика врядъ ли заслуживаетъ подражанія. Конечно имя—признакъ, индивидуализирующий личность и въ нѣкоторыхъ случаяхъ (при одинаковыхъ фамиліяхъ) необходимый, но при всѣхъ прочихъ обстоятельствахъ безъ него можно обойтись и предоставить употребленіе его (полное или сокращенное) усмотрѣнію владѣльца фирмы.

По проектамъ русскаго закона о фирмахъ присоединеніе имени и отчества факультативно. Проектъ Тура, кромѣ того, указываетъ, что означеніе имени и отчества возможно инициалами и другимъ способомъ («иное ближайшее означеніе своей личности» ст. 14). Предположенія проекта въ этомъ отношеніи стоятъ въ соотвѣтствіи съ нынѣ дѣйствующимъ закономъ, а именно, со ст. 161⁸ правилъ о товарныхъ знакахъ 26 февраля 1896 года. Согласно этой статьѣ, на знакѣ должно быть обозначено имя и отчество владѣльца торговаго или промышленнаго предпріятія (хотя бы инициалами), а также его фамилія. Поэтому по закону о товарныхъ знакахъ допустимы всякія обозначенія имени и отчества—однѣми начальными буквами, сокращенно и полностью. Это правило должно быть, казалось бы, распространено и на сложеніе единоличной фирмы.

Возникаетъ вопросъ, возможно ли обозначеніе одного имени безъ отчества и изображеніе имени въ иностранномъ его наименованіи (напр. Жоржъ вмѣсто Георгія, Пьеръ вмѣсто Петра, Поль вмѣсто Павла и т. д.). Первый вопросъ, казалось бы, можетъ быть рѣшенъ только въ положительномъ смыслѣ, т. е. употребленіе отчества не должно быть признано непремѣнно обязательнымъ (только для нѣкоторыхъ случаевъ, гдѣ это нужно для различенія однофамильцевъ съ одинаковыми личными именами). Что же касается второго вопроса, то онъ въ германской практикѣ рѣшенъ отрицательно и съ точки

зрѣнія логическаго проведенія тѣхъ началъ, которыя положены въ германскомъ правѣ въ основаніе правилъ о сложеніи единоличной фирмы—совершенно правильно.

По поводу соотношенія имени и фамиліи германскіе юристы ¹⁾ того мнѣнія, что имя должно предшествовать фамиліи. Хотя законъ этого вопроса и не предусмотрѣлъ, но обычай твердо установилъ предшествованіе имени фамиліи ²⁾ и отступленія отъ этого порядка не должны быть допускаемы ³⁾. Въ Россіи въ сущности принять такой же порядокъ.

Сложеніе коллективныхъ фирмъ составляетъ предметъ вниманія всѣхъ европейскихъ законодательствъ, обнаруживающихъ въ этомъ отношеніи рѣдкую солидарность.

Французскій кодексъ указываетъ (§ 21), что только имена товарищей полного товарищества могутъ входить въ наименованіе товарищеской фирмы. Итальянскій кодексъ (105) упоминаетъ о томъ, что имена (nomi) въ фирмѣ (ditte) участниковъ полного товарищества составляютъ товарищескую фирму (ragione sociale). Австрійскій и швейцарскій законы выражаются уже болѣе опредѣленно: фирму полного товарищества могутъ составить: а) имена всѣхъ товарищей, б) имена нѣсколькихъ или даже одного товарища, но съ такою прибавкою, которая означала бы наличность товарищескаго предпріятія. Германское уложеніе высказываетъ въ сущности ту же мысль, но въ болѣе сокращенной формѣ—фирма полного товарищества должна состоять изъ имени по крайней мѣрѣ (wenigstens) одного товарища съ присоединеніемъ прибавки, указывающей на товарищеское

¹⁾ Напр. см. *Opet. Beiträge zum Firmenrecht* Z. G. H. Bd. 49, S. 82.

²⁾ Напр. въ Италіи обратно въ обычаѣ предшествованіе фамиліи имени.

³⁾ Возникаетъ опасеніе, что посредствомъ переставленія имени и фамиліи будетъ нарушенъ принципъ истинности и окажется возможной недобросовѣстная конкуренція въ тѣхъ случаяхъ, когда фамилія конкурента совпадаетъ съ именемъ даннаго лица (наприм. извѣстная фирма на Невскомъ пр. «Александръ» могла бы быть имитирована лицомъ, которое поставило бы свою фамилію съ присоединеніемъ своего личнаго имени Александръ).

предпріятіе. Наконецъ, ст. 62 устава торговаго говоритъ о томъ, что товарищество полное составляется изъ двухъ или многихъ товарищей... и называется торговымъ домомъ подъ ихъ именемъ ¹⁾. Такимъ образомъ буквальное толкованіе дѣйствующаго закона приводитъ, казалось бы, къ заключенію, что у насъ фирма полного товарищества должна непременно заключать въ себѣ имена всѣхъ участниковъ товарищескаго предпріятія. На практикѣ, однако, такого строгаго соблюденія закона не замѣчается и товарищескія фирмы состоятъ часто изъ имени только одного или нѣсколькихъ товарищей съ прибавленіемъ К^о. Поэтому проекты не вводятъ ничего новаго для русской дѣйствительности, когда одинъ изъ нихъ повторяетъ съ небольшимъ измѣненіемъ приведенную выше статью германскаго уложенія, а другой—постановленія австрійско-швейцарскаго законодательствъ.

Сложеніе фирмы товарищества на вѣрѣ является только какъ бы нѣкоторой модификаціей фирмы полного товарищества, ибо всѣ указанія закона сводятся въ сущности лишь къ заботѣ о томъ, чтобы имена пайщиковъ не попали въ составъ фирмы. Эту мысль дважды и въ положительной и въ отрицательной формѣ подчеркиваетъ французскій кодексъ ²⁾ (§§ 23 и 25), тоже дѣлаетъ австрійское уложеніе (§ 17), швейцарскій законъ объ обязательствахъ (§§ 870, 871), голландское уложеніе (§ 20), итальянскій кодексъ (§ 114) и германское уложеніе (§ 19). Нашъ законъ не даетъ прямыхъ указаній о сложеніи фирмы товарищества на вѣрѣ. Ст. 71 уст. торг. ограничивается лишь повтореніемъ конца ст. 62 (относящейся до полного товарищества), говоря, что «товарищество на вѣрѣ составляется изъ одного или многихъ товарищей пріобщеніемъ одного или многихъ вкладчиковъ» и далѣе «оно называется торговымъ домомъ, подъ именемъ товарищей и компаніи».

¹⁾ Постановленіе это близко къ § 16 голландскаго торговаго уложенія, согласно которому товарищество подъ фирмою (полное) есть торговля подъ общимъ именемъ участниковъ.

²⁾ § 23 говоритъ, что въ фирму коммандиты входятъ непременно имена полныхъ товарищей, а § 25, что имена вкладчиковъ не могутъ входить въ сложеніе товарищеской фирмы.

Такъ какъ вкладчики не суть товарищи, то замѣчаетъ проф. Шершеневичъ ¹⁾, ихъ имена и не могутъ войти въ составъ товарищеской фирмы. Цѣль, преслѣдуемая закономъ въ правилахъ о сложеніи фирмы, пишетъ проф. Удинцевъ ²⁾, это перечислить, по возможности имена всѣхъ лицъ, отвѣтственныхъ неограниченно и солидарно по долгамъ товарищества. Отсюда ясно, что имена вкладчиковъ не могутъ ни въ коемъ случаѣ фигурировать въ сложеніи фирмы. Проекты почти дословно повторяютъ перечисленные выше образцы западно-европейскаго законодательства.

Акціонерная компанія по общему правилу, въ качествѣ анонимнаго товарищества, имѣетъ фирму не именную, а т. наз. предметную. Названіе акціонернаго общества заимствуется или отъ предмета его дѣятельности, или представляетъ совершенно фантастическое, специально придуманное наименованіе. Въ этомъ именно смыслъ высказываются европейскія національныя уложенія—въ отрицательной формѣ—французскій кодексъ (§ 29), въ положительной—австрійское уложеніе (§ 18), швейцарскій законъ (§ 873), голландское уложеніе (§ 36), германское уложеніе (§ 20), русскіе гражданскіе законы, т. X, ч. I, Св. зак. (ст. 2148). Интересно, попутно, отмѣтить, что всѣ перечисленные законы, кромѣ только одного швейцарскаго, говорятъ о предметной фирмѣ въ тѣсномъ смыслѣ этого слова, т. е. только о фирмѣ, которая образована отъ предмета дѣятельности даннаго акціонернаго предпріятія. Въ этомъ сказывается нѣкоторый, т. ск., атавизмъ законодателя, обращающагося мыслью къ тому далекому прошлому, когда акціонерныя компаніи были крайне рѣдки и немногочисленны. Въ наше время, когда онѣ составляютъ чуть ли не самую излюбленную и распространеную форму товарищества, когда въ каждой отрасли насчитываются десятки, сотни и даже тысячи акціонерныхъ обществъ, господствуетъ на практикѣ не предметная, а фантастическая ихъ фирма. Поэтому и опредѣленіе швейцарскаго закона «акціонерныя компаніи свободны въ выборѣ фирмы по

¹⁾ Шершеневичъ, курсъ т. I, стр. 191.

²⁾ Удинцевъ, русское торгово-промышленное право, стр. 230.

своему усмотрѣнію» представляется наиболѣе близко отвѣчающимъ потребностямъ и практикѣ современнаго торговаго оборота.

Переходя отъ разсмотрѣнныхъ правилъ, касающихся сложенія корпуса фирмы, къ постановленіямъ законодательства, относящихся до сложенія добавленій къ корпусу, слѣдуетъ, прежде всего, остановиться на содержаніи такъ наз. необходимыхъ добавленій. Послѣднія можно раздѣлить на двѣ категоріи: однѣ обозначаютъ форму владѣнія торговымъ предпріятіемъ, другія вводятся въ сложеніе фирмы самимъ владѣльцемъ, органомъ надзора или постановленіемъ суда для отличія одной фирмы отъ другой одинаковой или схожей. Такъ какъ добавленія этой послѣдней категоріи вносятся въ видахъ осуществленія принципа исключительности фирмы, то о нихъ будетъ упомянуто ниже. Принципъ же истинности получаетъ отраженіе въ добавленіяхъ первой изъ перечисленныхъ категорій, а также и во всѣхъ прочихъ добавленіяхъ факультативнаго характера.

Форма владѣнія предпріятіемъ получаетъ отраженіе въ сложеніи фирмы одновременно путемъ и запрета и положительнаго предписанія: всѣмъ единоличнымъ предпріятіямъ запрещено употребленіе такихъ добавленій, кои могутъ навести третьихъ лицъ на мысль, что данное предпріятіе коллективнаго характера, наоборотъ, коллективнымъ предпріятіемъ вмѣнено въ обязанность не только дѣлать въ фирмѣ добавленія, указывающія на наличность не физическаго, а юридическаго лица, но и отмѣчать, къ какой именно разновидности товарищества относится данное предпріятіе. Такъ: швейцарскій, австрійскій и германскій законы соотвѣтственно въ §§ 867, 16 и 18 говорятъ, что воспрещается къ фирмѣ единоличнаго предпринимателя или такого, который имѣетъ при себѣ лишь негласнаго товарища, дѣлать добавленія, указывающія на товарищескій характеръ предпріятія (*Gesellschaftsverhältnis*).

Подобное же правило воспроизведено и въ упомянутомъ выше финляндскомъ законѣ («промышленникъ не имѣетъ права присовокупить къ фирмѣ прибавку, изъ которой можно было бы вывести заключеніе о существованіи товарищества или объ ограниченіи отвѣствен-

ности владѣльца фирмы»), а также и въ новѣйшихъ русскихъ проектахъ¹⁾ (въ проектахъ сен. Тура такое правило отсутствуетъ).

Полное товарищество, а равно и товарищество на вѣрѣ только тогда должны имѣть въ своей фирмѣ добавленіе, указывающее на товарищескій характеръ предпріятія, когда въ корпусѣ фирмы не обозначены всѣ неограниченно отвѣчающіе по обязательствамъ товарищества товарищи. Другими словами только въ тѣхъ случаяхъ не обходима прибавка, означающая товарищескій характеръ предпріятія (обыкновенно «и К^о»), когда въ фирмѣ введены имена одного или нѣсколькихъ изъ полныхъ товарищей (австрійское уложеніе § 17, швейцарскій законъ § 869, 870, германское уложеніе § 19, проектъ сенатора Тура § 23, 29, правительственный проектъ § 3, 4). Дѣйствующее русское законодательство (уст. торг. ст. 62 и 71), какъ уже выше было упомянуто, объединяетъ товарищество полное и на вѣрѣ подъ однимъ общимъ наименованіемъ «Торговаго дома», причемъ фирма полного товарищества составляется изъ именъ всѣхъ товарищей, а товарищества на вѣрѣ изъ именъ полныхъ товарищей, а равно добавленія «и компанія».

Акціонерныя общества имѣютъ предметную фирму и это обстоятельство представляется законодателю настолько яркимъ отличительнымъ признакомъ для ихъ фирмы, что признается иногда излишнимъ введеніе добавленій, указывающихъ на форму владѣнія предпріятіемъ. Въ то время какъ швейцарскій и австрійскій законы ограничиваются поэтому только указаніемъ, что товарищества полное и на вѣрѣ, если даже ихъ капиталъ раздѣленъ на пай, не могутъ присваивать наименованія акціонернаго общества, германское уложеніе считаетъ необходимымъ присоединить къ предметной фирмѣ еще обязательное добавленіе «акціонерная компанія» (§ 20). Изъ мотивовъ къ уложенію видно, что введеніе этого

¹⁾ Въ проектѣ комисіи по составленію гражданскаго уложенія въ ст. 585 говорится ...не такія (указанія), которыя могли бы вызвать предположеніе о принадлежности фирмы товариществу; въ другомъ правительственномъ проектѣ: говорится «добавленіе такихъ обозначеній, которыя могли бы вызвать предположеніе о принадлежности фирмы товариществу, не допускается».

добавленія было вызвано соображеніем—не о первоначальныхъ, а о производныхъ фирмахъ акціонерныхъ компаній, когда легко можетъ отпасть существенный ихъ признакъ—предметная фирма—и замѣниться личною фирмою. Такъ какъ акціонизированіе уже существующихъ предпріятій пріобрѣтаетъ во всѣхъ государствахъ массовый характеръ, то нельзя не признать полной основательности и цѣлесообразности указаннаго нововведенія германскаго торговаго уложенія.

Прочія добавленія къ корпусу фирмы факультативны и вводятся въ сложеніе ея или ради ближайшаго индивидуализированія даннаго предпріятія или же проникнуты рекламнымъ характеромъ, т. е. подчеркиваютъ и обрабатываютъ вниманіе публики на какое либо свойство предпріятія, которое, по мнѣнію владѣльца фирмы, можетъ произвести благоприятное впечатлѣніе. Прежде всего необходимо отмѣтить, что, если съ одной стороны возможны добавленія чисто индивидуализирующаго свойства, а съ другой—столь же явно и исключительно рекламнаго характера, то еще чаще встрѣчаются добавленія смѣшаннаго типа, гдѣ обѣ цѣли неразрывно между собою переплетены (напр., присоединеніе «сынъ» одновременно и индивидуализируетъ предпріятіе, и вмѣстѣ съ тѣмъ косвенно, указывая на продолжительность существованія торговаго дѣла, перешедшаго уже въ руки второго поколѣнія, служитъ также цѣли рекламы). Уже по этому практическому соображенію полное недопущеніе добавленийъ рекламнаго характера, какъ это иногда предлагалось въ Германіи, совершенно неосуществимо. Но и помимо этого, реклама сама по себѣ не стоитъ въ противорѣчій съ современными правовыми воззрѣніями и потому рекламныя добавленія въ сложеніи фирмы, поставленной при своемъ возникновеніи подъ контроль должностнаго лица (реестроваго судьи), не дискредитируетъ авторитета правительственной власти, изъявляющей свое согласіе на то или другое начертаніе фирмы ¹⁾. Недопустима лишь реклама обманная, реклама, вводящая въ заблужденіе третьихъ лицъ, реклама, противная понятію добрыхъ нравовъ торговаго оборота. Противъ такой рекламы въ сложе-

¹⁾ Срав. *Opet op. cit.* s. 86 и 87.

нии фирмы борется германскій законъ (торговое уложеніе §§ 18, 37) и французская судебная практика. Въ мотивахъ къ германскому уложенію по этому поводу говорится: «жалобы на то, что въ фирменныхъ добавленіяхъ часто заключаются рыночныя зазыванія (marktschreierische Anpreisungen) и фактически ложныя, имѣющія обманную цѣль указанія, стали всеобщі и если для подавленія этихъ злоупотребленій и изданъ законъ о недобросовѣстной конкуренціи, то все же казалось цѣлесоотвѣтственнымъ и въ торговомъ уложеніи особо запретить фирменныя добавленія, которыя направлены на то, чтобы ввести въ заблужденіе относительно рода и объема торговаго предпріятія или отношеній владѣльца фирмы. Результатомъ такого запрета является, что реестровый судья не имѣетъ права занести въ реестръ фирму, содержащую такого рода добавленіе, и долженъ наложить на того, кто такую фирмою будетъ пользоваться, взысканіе въ дисциплинарномъ порядкѣ» ¹⁾.

Такимъ образомъ, какъ видно изъ изложеннаго, германскій законъ дѣлаетъ попытку опредѣлить кругъ рекламныхъ добавленій недопустимаго свойства. Отсюда слѣдуетъ, что по современному нѣмецкому праву всякія факультативныя фирменныя добавленія должны одновременно удовлетворять двумъ условіямъ—одному положительному и одному отрицательному. Съ одной стороны добавленія должны служить цѣли индивидуализированія лица или предпріятія, съ другой—они не должны заключать обмана относительно рода и объема предпріятія, а равно отношеній его владѣльца. Приблизительно тѣ же идеи, только не въ столь ясной и опредѣленной формѣ и подъ нѣсколько инымъ угломъ зрѣнія проскальзываютъ въ безчисленныхъ рѣшеніяхъ французскихъ судовъ. Французская практика, построенная на началѣ борьбы конкурентовъ съ недобросовѣстными ихъ соперниками, проводитъ принципъ истинности фирмы и недопущенія рекламныхъ добавленій обманнаго характера, только въ тѣхъ случаяхъ, когда подобные факты затра-

¹⁾ *Hahn-Mugdan* op. cit. Bd. VI. S. 217.

гиваютъ интересы конкурентовъ. Напр., ложное присвоеніе какоу либо фирмоу титула единственнаго поставщика можетъ быть преслѣдуемо по 1382 ст. гражданского кодекса другими фирмами, имѣющими право на этотъ титулъ, а наименованіе оптовымъ складомъ розничной торговли, являясь дѣяніемъ, нарушающимъ истину лишь въ отношеніи покупателей, не затрагиваетъ непосредственно интересы конкурентовъ, а, слѣдовательно, не даетъ имъ основанія для иска и оказывается въ результатѣ дозволеннымъ.

Фирменные добавленія весьма часто бываютъ шаблонны; поэтому для конкретнаго выясненія круга допустимыхъ и недопустимыхъ фирменныхъ добавленій представляется практичнымъ остановиться на болѣе употребляемыхъ категоріяхъ фирменныхъ добавленій и на этихъ примѣрахъ выяснить практику германскихъ и французскихъ судовъ.

Личность владѣльца предпріятія характеризуется обыкновенно или родственными его отношеніями (сынъ, отецъ, старшій, младшій братья, и т. п.), или указаніемъ на его личныя свойства (докторъ, инженеръ и т. п.), или его положеніемъ въ дѣловомъ мірѣ (поставщикъ, преемникъ, бывшій довѣренный, бывшій мастеръ и т. п.). Предпріятіе опредѣляется или указаніемъ на предметъ его дѣятельности (кожевенная торговля, ресторанъ, пивоваренный заводъ, аптекарскій складъ) или специальнымъ названіемъ его заведенія (аптеки, гостиницы, рестораны, кафе, кинематографы, фотографіи и т. д.) или характеристикой самого торгово-промышленнаго дѣла въ какомъ либо отношеніи (институтъ, бюро, оптовый или фабричный складъ, годъ основанія, національность¹⁾, «первое», единственный и т. п.).

Принципіально всѣ такія добавленія къ фирмѣ допустимы при условіи фактической ихъ правдивости. Западно-европейская практика указываетъ, насколько провѣрка такихъ фирменныхъ добавленій является дѣломъ тонкимъ, требующимъ большой бдительности, осторожности и порой даже остроумія. Такъ, напр., фирма «NN сыновья» не была допущена въ Германіи по тому

1) Напр. «Англійскій магазинъ».

соображенію, что сложеніе ея указываетъ на преемственность, чего не могло быть у вновь основаннаго предприятия. Далѣе фирма «Западно-германское желѣзо-промышленное дѣло» была признана несоотвѣтствующей дѣйствительнымъ размѣрамъ предприятия, обладающаго 10.000 мар. основного капитала. Добавка къ фамиліи «банкиръ» была запрещена владѣльцу предприятия, занимавшагося посредничествомъ по покупкѣ, продажѣ и залогѣ недвижимыхъ имуществъ, равно какъ и устроителямъ лотерей. Прибавка «братья» недопустима для единоличнаго предприятия, а по нашему дѣйствующему закону ни одному единоличному владѣльцу фирмы не можетъ быть разрѣшено добавленіе «торговый домъ». Въ отношеніи титула «бывшаго служащаго, довѣреннаго, мастера, закройщика такого то» французская практика послѣ долгихъ колебаній остановилась на рѣшеніи допускать подобныя добавленія, но при условіи, если пребываніе бывшаго патрона было достаточно продолжительнымъ (*séjour sérieux*), а увольненіе не было вызвано какими либо причинами предосудительнаго для увольняемаго свойства ¹⁾. Но при всей бдительности въ охраненіи интересовъ публики, нужна и извѣстная доля умѣренности, чтобы не уподобиться мюнхенскому суду, признавшему однажды недопустимыми фирменныя добавленія «Kaiserbazar» и «Bismarckcafé» изъ опасенія, что публика можетъ предположить участіе въ означенныхъ предприятияхъ Императора или кн. Бисмарка!

III.

Служа индивидуализирующимъ признакомъ для предприятия, фирма должна по необходимости отличаться отъ всѣхъ другихъ фирмъ. Извѣстное начертаніе одной фирмы дѣлаетъ невозможнымъ существованіе на-ряду съ ней другой или другихъ фирмъ совершенно одинаковыхъ или столь подобныхъ, что является опасеніе возможности смѣшенія ихъ другъ съ другомъ. Послѣдовательное проведеніе этого принципа исключительности фирмы привело однако бы *ad absurdum*: трудно было бы изобрѣсти такую фирму, которая не совпадала или не походила на

¹⁾ *Allart* Traité de la concurrence deloyale pages 81—90.

уже существующія. Поэтому осуществленіе принципа исключительности фирмы должно быть поставлено въ какія-либо ограничительныя рамки. Извѣстная территориальная отдаленность одной фирмы отъ другой, принадлежность ихъ къ предпріятіямъ различныхъ отраслей, искусственное устраненіе сходства путемъ введенія отличительныхъ признаковъ въ сложеніе одинаковыхъ фирмъ все это составляетъ опорные пункты для практическаго ограниченія неумолимо логическаго проведенія принципа исключительности фирмы. Въ разныхъ законодательствахъ различныя оттѣнки этихъ идей получаютъ болѣе или менѣе преобладающее значеніе, и это именно обстоятельство и обусловливаетъ то не вполне одинаковое трактованіе вопроса объ исключительности фирмы, которое встрѣчается въ законахъ европейскихъ государствъ.

Въ странахъ, гдѣ существуетъ торговый реестръ, принимаются мѣры къ предупрежденію возникновенія одинаковыхъ фирмъ въ раіонѣ одного и того же реестроваго участка (австрійское уложеніе § 20, швейцарскій законъ § 868 и германское уложеніе § 30). Въ определенномъ, довольно ограниченномъ территориальномъ участкѣ не допускается занесенія въ реестръ фирмъ тождественныхъ, хотя бы онѣ относились къ предпріятіямъ различной спеціальности. Первенство въ заявкѣ даетъ право на фирму; послѣдующіе заявители обязаны видоизмѣнять свою фирму, по сравненію съ занесенною, черезъ введеніе въ новую фирму различныхъ обязательныхъ добавленій. Словомъ, право на исключительность фирмы зиждется на старинномъ латинскомъ принципѣ: *prior tempore, potior jure*. Рядомъ съ этою чисто формальною защитою исключительности фирмы (*Firmenschutz* въ техническомъ смыслѣ этого термина для австрійскаго, германскаго и швейцарскаго права) существуетъ еще и менѣе строгая, но зато не столь узко ограниченная въ территориальномъ отношеніи защита фирмы отъ такихъ сходственныхъ фирмъ, которыя могутъ ввести въ заблужденіе третьихъ лицъ и вызвать смѣшеніе между предпріятіями, обладающими столь близко схожими фирмами. Такая защита, основанная на началахъ, регулирующихъ борьбу съ недобросовѣстною конкуренціей, является предметомъ заботъ заинтересованныхъ лицъ и сводится

къ възстановленію нарушеннаго сходствомъ фирмъ фирменнаго порядка. Въ странахъ, гдѣ нѣтъ реестра, эта защита оказывается единственнымъ способомъ осуществленія принципа исключительности фирмы.

Обращаясь прежде всего къ формальной фирменной защитѣ, необходимо отмѣтить, что статьи закона, предусматривающія эту защиту, даютъ богатый матеріалъ для самой казуистической судебной и административной практики. Предметомъ истолкованія служатъ три признака, указанные въ законѣ и обусловливающіе осуществленіе начала исключительности фирмы, ¹⁾ а именно, что значить: 1) «новая фирма», 2) существующія и занесенныя въ реестръ фирмы и 3) въ томъ же самомъ мѣстѣ или общинѣ.

Главнымъ признакомъ «новизны» фирмы является то обстоятельство, что означенная фирма не занесена въ реестръ; поэтому фирма давно существующая, но не занесенная въ реестръ, не есть новая, и ея сложеніе не служитъ препятствіемъ для возникновенія тождественныхъ по сложенію фирмъ. Но зато и обратно—незанесенная фирма продолжаетъ существовать въ своемъ прежнемъ видѣ, несмотря на появленіе въ реестрѣ одинаковой фирмы, ибо принципъ исключительности фирмъ ограничивается кругомъ зарегистрированныхъ фирмъ. Затѣмъ затрудненія возбуждаютъ фирмы, занесенныя, но переводимыя на другое мѣсто, если въ послѣднемъ имѣются одинаковыя ранѣе уже зарегистрированныя фирмы. По мнѣнію большинства писателей, конфликтъ рѣшается не въ пользу фирмъ, хотя и болѣе старыхъ по датѣ первоначальнаго зарегистрированія, но заносимыхъ впервые въ другое мѣстѣ.

Уже изъ понятія новой фирмы можно сдѣлать ясное заключеніе о томъ, что разумѣетъ законъ подъ противопоставляемыми новой фирмѣ уже существующими фирмами. Новая фирма должна считаться со сложеніемъ всѣхъ занесенныхъ ранѣе въ реестръ и существующихъ фирмъ. По разъясненію нѣмецкихъ юристовъ, фирмы,

¹⁾ § 30 германскаго уложенія гласить: каждая новая фирма должна наглядно отличаться отъ всѣхъ въ данномъ мѣстѣ или общинѣ уже существующихъ и занесенныхъ въ реестръ фирмъ.

хотя и занесенныя въ реестръ, но утратившія право на законное существованіе и не исключенныя еще изъ реестра, не мѣшаютъ сложенію новыхъ фирмъ. Это и выражено въ законѣ словомъ «существующія».

Наиболѣе труднымъ оказалось опредѣленіе одного и того же мѣста или общины. Понятіе это гораздо уже, чѣмъ округъ реестроваго судьи, и опредѣленіе географическихъ границъ того участка или территоріи, гдѣ дѣйствуетъ начало исключительности фирмъ, въ нѣкоторыхъ случаяхъ весьма сомнительно (напр. пригороды). Австрійскій писатель Ранда, исходя изъ цѣли закона—предупредить возникновеніе идентичныхъ фирмъ въ близкомъ другъ отъ друга сосѣдствѣ, рекомендуетъ въ казусныхъ случаяхъ считаться съ наименьшею изъ всѣхъ возможныхъ при данныхъ обстоятельствахъ территоріей ¹⁾).

Въ предшествующемъ изложеніи была сдѣлана попытка дать представленіе о тѣхъ вопросахъ, которые возникаютъ при опредѣленіи, какія именно фирмы исключаютъ другія, идентичныя имъ по сложенію. Такія фирмы должны другъ отъ друга наглядно (deutlich) отличаться путемъ какихъ либо добавленій, и пока такое наглядное отличіе между ними не будетъ достигнуто, реестровый судья не можетъ занести позднѣе возникшую фирму въ реестръ. При этихъ условіяхъ возникаетъ вопросъ, что слѣдуетъ считать нагляднымъ отличіемъ.

Германская судебная практика колеблется въ этомъ отношеніи между двумя тенденціями. Въ однихъ рѣшеніяхъ проводится мысль, что такъ какъ употребленіе фирмы отличается пунктуальностью ея начертанія и произношенія, безъ малѣйшихъ измѣненій сложенія, то всякое, даже самое незначительное, отличіе бросается въ глаза контрагенту торговаго предпріятія, а потому измѣненія инициаловъ, порядка ихъ и т. п. мелочи составляютъ наглядный отличительный признакъ одной фирмы отъ другой ²⁾. Въ другихъ рѣшеніяхъ судъ становился на совершенно иную точку зрѣнія и находилъ, что

¹⁾ *Randa*. Das österreichische Handelsrecht Bd. I, S. 146.

²⁾ Признаны судомъ достаточно отличающимися фирмы: Benecke & K^o и С. Н. Benecke и С^o; С. Meyer и Carl Meyer C. F. Meyer и F. C. Meyer и т. п. — *Marx* Firmenrechtliche Grundbegriff. S. 43.

исключительность сложенія фирмы имѣть свою цѣлю прежде всего предупредить смѣшеніе двухъ фирмъ публичною, а потому каждая фирма должна настолько отличаться отъ всѣхъ прочихъ, чтобы покупающая публика при наличности обыкновенной степени вниманія была въ состояніи замѣтить признаки, отличающіе одну фирму отъ другой. При такомъ взглядѣ на дѣло недопустимы, напр., одинаково выговаривающіяся, но разнo пишущіяся фирмы (напр. Meyer, Mayer, Meier, Muller, Miller) и, весьма сомнительно, является ли прибавка «акціонерная компанія» при одинаковости фамиліи достаточно нагляднымъ отличіемъ.

Особо предусмотрѣны германо-австрійскимъ закономъ два случая: синонимы и совпаденія фирмы, филиалы со сложеніемъ уже занесенной въ реестръ мѣстной фирмы. При подобнаго рода комбинаціяхъ можно пользоваться своимъ именемъ и фирмою предпріятія, но съ условіемъ присоединенія соотвѣтственнаго добавленія.

Такимъ образомъ, принципъ исключительности фирмы имѣть слѣдствіемъ для другихъ фирмъ необходимость внесенія въ ихъ сложеніе извѣстныхъ отличительныхъ добавленій, содержаніе коихъ предоставлено на выборъ заявителя; однако, реестровый судья оцѣниваетъ подобныя добавленія съ точки зрѣнія выставленнаго закономъ критерія достаточной наглядности ихъ отличающаго свойства. Поэтому такія добавленія имѣютъ смѣшанный добровольно-принудительный характеръ.

Проекты русскаго фирменнаго закона воспроизводятъ изложенный выше порядокъ формальной исключительности фирмы, причемъ два изъ нихъ (проектъ Тура и правительственный послѣдняго времени) вносятъ въ нѣмецкій текстъ закона существенное улучшеніе, признавая границами территоріальной исключительности фирмы реестровый округ¹⁾, тогда какъ ст. 588 проекта гражданскаго уложенія употребляетъ совершенно неопредѣленное выраженіе «мѣстность».

Что касается далѣе положенія разсматриваемаго вопроса въ дѣйствующемъ правѣ, то необходимо отмѣтить

¹⁾ Затрудненія могутъ возникнуть въ случаѣ увеличенія числа такихъ округовъ.

прежде всего нѣкоторую его, т. ск., односторонность, ибо, если и можно говорить о формальной исключительности фирмы въ Россіи, то только фирмъ коллективныхъ предпріятій. Въ нѣкоторыхъ работахъ стараго времени проводилась мысль, будто полиція и органы фискальнаго надзора должны предупреждать пользованіе чужими фирмами, или, по крайней мѣрѣ, идентичными, т. е. не позволять, напр., выставлять вывѣсокъ съ такого рода фирмами, не разрѣшать печатать такія фирмы на бланкахъ и др. печатныхъ обозначеніяхъ, не выдавать промысловыхъ билетовъ и т. п. ¹⁾ Съ этимъ мнѣніемъ, однако, трудно согласиться. Ни въ дѣйствующемъ нынѣ положеніи о государственномъ промысловомъ налогѣ, ни въ инструкціяхъ по его примѣненію не содержится ни малѣйшихъ намековъ на какія-либо функции органовъ, примѣняющихъ этотъ законъ, проверять истинность или исключительность фирмъ, равно какъ установленіе подобныхъ фактовъ не можетъ составить и задачи дѣятельности полиціи.

Въ отношеніи же коллективныхъ предпріятій исключительность фирмъ могла бы быть охраняема. Фирма акціонерныхъ предпріятій проходитъ черезъ контроль Министерства Торговли и Промышленности и притомъ въ виду централизаціи всего дѣла въ одномъ учрежденіи, фирма акціонерныхъ предпріятій могла бы имѣть не мѣстную, а, такъ сказать, всероссійскую исключительность. Однако, повидимому, отдѣлъ торговли такой практики не придерживается, допуская существованіе идентичныхъ фирмъ, если онѣ расположены въ разныхъ городахъ и имѣютъ различный предметъ дѣятельности (напримѣръ акціонерныя общества химическаго и машиннаго производства въ Варшавѣ и Ригѣ).

Указанный вопросъ въ отношеніи товариществъ полныхъ и на вѣрѣ получилъ разъясненіе въ не разъ уже упомянутомъ отношеніи Министерства Юстиціи. Въ послѣднемъ говорится слѣдующее: ²⁾ «Согласно ст. 60 уст. торг., въ выпискахъ изъ товарищескаго договора

³⁾ *Гольмстенъ*. Охраняется ли право на фирму нашимъ закономъ? Юридич. статьи и изслѣдованія стр. 227—231, Башиловъ. Русское торговое право, стр. 132, 133.

¹⁾ «Русское Слово» 1 сентября 1909 г. № 200.

требуется помѣщеніе свѣдѣній наиболѣе существенныхъ для третьихъ лицъ, въ томъ числѣ и тѣхъ, которыя будутъ впослѣдствіи вступать въ сдѣлки съ товариществомъ. Изъ сего, казалось бы, явствуетъ, что, настаивая на представленіи въ управу выписки, законъ имѣетъ въ виду обезпечить этимъ путемъ, въ связи съ оглашеніемъ данныхъ выписки, интересы торговаго оборота, вслѣдствіе чего надлежитъ признать, что городскія и купеческія управы по принадлежности не только въ правѣ, но и обязаны входить въ разсмотрѣніе содержащихся въ выпискѣ свѣдѣній съ точки зрѣнія соотвѣтствія ихъ законоположеніямъ, ограждающимъ публичные интересы, и въ случаѣ отсутствія такого соотвѣтствія отказывать въ принятіи выписокъ. При означенномъ разсмотрѣніи управы должны, между прочимъ, обращать особое вниманіе на совпаденіе или сходство принимаемой новымъ товариществомъ фирмы съ фирмами уже существующими, такъ какъ недопущеніе совпаденія или схода фирмъ входить не только въ задачи торговаго предпріятія, частныя права коего нарушены этимъ, но и въ обязанность управъ, какъ учреждений публичныхъ, для которыхъ весьма важно оградить отъ обмана потребителей и отъ потрясеній торговый оборотъ. При этомъ, однако, представляется необходимымъ, чтобы управы, при отказахъ въ регистраціи новаго предпріятія, излагали свои постановленія на письмѣ, съ тѣми соображеніями, на коихъ таковыя основаны, чтобы тѣмъ была открыта возможность обжалованія постановленій управъ Министерству Торговли и Промышленности и далѣе, въ общемъ порядкѣ».

Такимъ образомъ, какъ видно изъ изложеннаго, Министерство Юстиціи идетъ въ своемъ разъясненіи даже далѣе, чѣмъ германское уложеніе: въ то время какъ послѣднее ограничивается предупредительными мѣрами противъ идентичныхъ фирмъ, Министерство Юстиціи распространяетъ надзоръ управъ и на предупрежденіе возникновенія только сходственныхъ фирмъ.

Неприспособленность органовъ надзора—городскихъ и купеческихъ управъ—къ дѣлу регистраціи товарищескихъ предпріятій позволяетъ усомниться, достаточно ли хорошо онѣ усвоили точку зрѣнія Министерства

Юстиціи, изложенную имъ въ циркулярѣ Министра Торговли и Промышленности и надлежащимъ ли образомъ исполняютъ управы эти не вполне посильныя для нихъ обязанности.

Обращаясь къ разсмотрѣнію неформальной защиты исключительнаго права на фирму, нужно поставить на первое мѣсто и по старшинству правовой охраны и по степени ея разработанности Францію.

Въ этой странѣ право на фирму (торговое имя) защищается постольку, поскольку нарушение исключительности фирмы является приемомъ недобросовѣстной конкуренціи, рассчитанной на то, чтобы вызвать смѣшеніе между двумя торговыми предпріятіями. Огромное по количеству и разнообразію судебныхъ рѣшеній казуистическое ученіе французскаго права по этому вопросу можно свести, однако, къ нѣсколькимъ безспорно установленнымъ принципамъ.

Прежде всего надлежитъ установить, какія фирмы, по возрѣніямъ французской судебной доктрины, могутъ претендовать на исключительность. Въ этомъ отношеніи практика различаетъ между предметными и личными фирмами (*dénominations et noms*). Названія могутъ только тогда пользоваться защитой, если они имѣютъ индивидуальный характеръ, а не являются родовыми или общеупотребительными. Наоборотъ, имени (фамиліи), какъ общее правило, присущъ всегда индивидуализирующій характеръ, и только въ сравнительно исключительныхъ случаяхъ оно теряетъ это свойство. Есть имена, которыя успѣли стать общимъ достояніемъ, превратиться въ родовое названіе (напримѣръ фамилія изобрѣтателя Мюль-машина и т. п.). Съ другой стороны, немало одинаковыхъ фамилій, принадлежащихъ разнымъ лицамъ (родичи и однофамильцы). Въ первомъ случаѣ имя вообще не можетъ служить индивидуализирующимъ признакомъ, во второмъ, исключительное право на имя приходитъ въ коллизію съ такимъ же правомъ другихъ лицъ, и поэтому необходимъ между этими одинаковыми правовыми притязаніями справедливый компромиссъ. Но если, какъ видно изъ изложеннаго, при извѣстныхъ условіяхъ названія и имена, т. е. какъ личныя, такъ и предметныя фирмы, могутъ одина-

ково претендовать на исключительность, то защита дается лишь дотолѣ, пока существуетъ опасность смѣшенія двухъ предпріятій со стороны публики. Поэтому охрана предоставляется только противъ конкурирующаго предпріятія, т. е. работающаго въ той же отрасли торговли и промышленности и въ томъ же районѣ дѣйствія. Но наличность этихъ признаковъ, обусловливающихъ возможность фактической конкуренціи между сходными по сложенію фирмами, есть въ каждомъ данномъ случаѣ *quaestio facti*, подлежащее разрѣшенію компетентнаго суда.

Вопросъ о томъ, каковы признаки предметной фирмы, за которой признано право на охрану, рѣшается просто и безошибочно только въ отношеніи чисто фантастическихъ, специально придуманныхъ названій предпріятій (*désignation arbitraire ou de fantaisie*). Но между чисто фантастическими названіями (Фениксъ, Урбэнъ, Латипакъ и т. п.) и такими, которыя обозначаютъ только предметъ предпріятія, есть разнообразныя, въ большей или меньшей мѣрѣ своеобразныя, комбинаціи изъ общеупотребительныхъ словъ.

Въ отношеніи этихъ фирмъ французская практика обнаруживаетъ въ высшей степени неустойчивыя и субъективныя воззрѣнія, какъ это можно видѣть изъ примѣровъ отдѣльныхъ рѣшеній, хотя, конечно, указанные выше признаки — однородность предмета и района дѣятельности — имѣли всегда рѣшающее значеніе: допустимая степень сходства и близости въ начертаніи обратно пропорціональна степени однородности въ предметномъ и локальномъ отношеніяхъ ¹⁾.

¹⁾ Судами было отказано въ защитѣ фирмъ:

1) *Indicateur des chemins de fer* противъ *Indicateur Herman*;

2) *Agence de Théâtres* противъ *Office des Théâtres*;

3) *C-ie générale des voitures de Paris* противъ *C-ie générale des voitures pour le service des chemins de fer*;

4) *La Centrale* (*C-ie d'assurances maritimes*) противъ *La Centrale* (*C-ie d'assurances contre l'incendie*).

Судами было признано право на охрану исключительно слѣдующихъ фирмъ:

1) *Caisse de réports* противъ *Caisse générale des reports*;

2) *Lloyd français* — *Lloyd centrale* (общество морскихъ страхованій);

Въ отношеніи личныхъ фирмъ французская практика придерживается того правила, что позднѣе возникшая фирма должна отличаться чѣмъ либо отъ ранѣе существовавшей. Поэтому при одинаковости фамилій (homonymie) и опасности смѣшенія вслѣдствіе этого двухъ предпріятій суды сами изобрѣтають такія добавленія къ сложенію фирмы, которыя наглядно отличать ее отъ фирмы истца. За долготѣнную практику французскіе суды успѣли накопить очень богатый запасъ такихъ добавленій (дата основанія, прибавка *maison*, что означаетъ узואльно давно существующее предпріятіе, имя, порядокъ личныхъ именъ, *jeune*, обозначеніе города, извѣстное обозначеніе личныхъ именъ, напр., *вмѣсто Jean—John* и т. д.; иногда, наоборотъ, для отличія новаго предпріятія отъ стараго фирма позднѣе возникшаго лишается рѣшеніемъ суда какихъ либо добавленій и тѣмъ становится отличной отъ болѣе старой фирмы). Одинаково, какъ и фамиліи, защищаются французскими судами личныя имена и псевдонимы (напр., *Coiffeur Jean, Madame Marie* и т. д.).

Характерную особенность французской практики составляетъ ея отношеніе къ тѣмъ довольно частымъ въ дѣловомъ мірѣ случаямъ, когда одноименность создается искусственно, т. е. когда случайные обладатели фамиліи, получившихъ извѣстность въ промышленности и торговлѣ, приглашаются на роли фиктивныхъ владѣльцевъ или пайщиковъ конкурентныхъ торгово-промышленныхъ предпріятій съ исключительною цѣлью использовать на какъ будто бы законномъ основаніи ихъ фамиліи въ сложеніи фирмы.

Если право на имя есть наиболѣе неотчуждаемая собственность лица и пользованіе именемъ нормальное осуществленіе этого субъективнаго права, то торговля именемъ, да еще притомъ въ цѣляхъ недобросовѣстной конкуренціи, составляетъ незаконное дѣяніе, а по-

3) *Société de chalets de nécessité* противъ *Cie nouvelle des chalets de nécessité*;

4) *Comptoir d'escompte de Versailles* противъ *Comptoir industriel de Versailles* (банкирскіе дома);

5) *La Nationale* противъ *Société Nationale* въ отношеніи страховыхъ обществъ.

тому въ подобныхъ случаяхъ *prête-nom* суды могутъ, въ изытіе изъ общаго правила, запрещать пользованіе при такихъ обстоятельствахъ своею собственною фамиліей ¹⁾ (рядъ рѣшеній въ отношеніи лицъ, носящихъ фамиліи *Johann, Maria-Farina, Pommery, Cliquot, Moët, Chandon*).

Но и въ странахъ, гдѣ существуетъ формальная фирменная исключительность, нельзя обойтись безъ защиты отъ идентичныхъ и схожихъ фирмъ, существованію коихъ не мѣшаетъ принципъ формальной исключительности. По счастливому выраженію нѣмецкаго писателя Вассермана «территориально ограниченная монополія фирмы въ ея сложеніи» ²⁾ предоставляетъ недостаточную охрану фирмамъ, извѣстность которыхъ распространяется за предѣлы мѣста или общины, гдѣ онѣ зарегистрированы и гдѣ, въ силу § 30 торговаго уложенія, недопустимо существованіе идентичныхъ фирмъ. Выходомъ изъ этого положенія является или измѣненіе правилъ о формальной фирменной защитѣ или предоставленіе возможности защищать фирму, на-ряду съ принципомъ формальной исключительности, тѣми способами и такимъ порядкомъ, какъ это имѣетъ мѣсто во Франціи. Въ Германіи были сдѣланы попытки въ оба изъ указываемыхъ направленія, причемъ проекты реформы формальнаго фирменнаго права не получили осуществленія. Такъ упомянутый выше Вассерманъ предложилъ къ фирмѣ присоединять въ качествѣ признака исключительности особый гербъ (фирменный знакъ), Маркусъ проектировалъ веденіе центральнаго для всей Германской имперіи

¹⁾ Въ рѣшеніи парижскаго трибунала по дѣлу *Moët et Chandon* указанный взглядъ получилъ особо яркую мотивировку: *Si le nom patronymique constitue une propriété on ne saurait s'en faire un instrument de concurrence déloyale. Spécialement si, en principe, chacun est libre de faire sous son nom tel commerce, qu'il lui convient de choisir, il appartient aux tribunaux d'interdire, d'une manière absolue, l'usage de ce nom dans un commerce déterminé. Il en est ainsi surtout, lorsque le commerçant ou industriel qui était jusque là complètement étranger à ce genre de commerce, a été appelé dans la maison nouvelle, qu'à raison même de la similitude de nom avec une maison ancienne.*

²⁾ *Wassermann. Der unlautere Wettbeverb nach deutschen Recht Bd. II, S. 42.*

реестра фирмъ, Якоби — обязательное прибавленіе къ фирмъ обозначеніе мѣстонахожденія ея заведенія.

Но если упомянутые проекты не вышли изъ сферы предположеній, то неформальная защита исключительности фирмы получила въ Германіи все же надлежащую защиту въ § 16 закона о недобросовѣстной конкуренціи 1909 года.

Согласно упомянутому закону, такое употребленіе въ дѣловомъ оборотѣ фирмы, которое способно вызвать смѣшеніе съ иною фирмою, правомѣрно принадлежащей другому лицу, влечетъ за собой искъ о воспрещеніи такого пользованія; въ тѣхъ случаяхъ, когда отвѣтчикъ зналъ или долженъ былъ знать, что его дѣйствія могутъ вызвать смѣшеніе двухъ фирмъ, онъ можетъ быть присужденъ къ возмѣщенію убытковъ.

Такимъ образомъ, германскій законодатель зафиксировалъ въ нормѣ закона ту догму, которую въ десятикахъ или, вѣрнѣе сказать, сотняхъ рѣшеній постепенно разработала французская судебная практика. Статья получаетъ примѣненіе, когда имѣется на-лицо объективная возможность смѣшенія двухъ фирмъ. Наличие такой возможности устанавливаетъ судъ, который долженъ при этомъ руководствоваться мѣриломъ вниманія, опытности и осмотрительности средняго чловѣка изъ числа покупающей публики.

Наша практика принципиально считаетъ возможною защиту фирмы отъ другихъ тождественныхъ или явно сходственныхъ фирмъ, но идетъ по этому пути ошупью, не имѣя подъ собой какой-либо твердой правовой почвы и основывается на соображеніи необходимости охраны поправныхъ интересовъ владѣльца фирмы, сложеніе коей стало предметомъ заимствованія или подражанія ¹⁾. Такъ, Правительствующій Сенатъ, указывая на связь фирмы съ торговой репутаціей, говоритъ «принятіе къмъ либо по предпріятію однородному фирмы, по однозвучію или внѣшнему виду тождественной съ фирмою уже существующей, нарушаетъ интересы владѣльца этой фирмы, исключительное право пользованія которою подлежитъ

¹⁾ Интересную характеристику этого направленія практики даетъ Л. И. Каминка въ очеркахъ по торговому праву (стр. 137).

возстановленію путемъ судебной защиты ¹⁾. Въ другомъ рѣшеніи Сенать оговариваетъ, что если названіе фирмы ни личнаго, ни спеціальнаго значенія не имѣетъ ²⁾, то оно не подлежитъ защитѣ противъ заимствователей и подражателей, т. е., другими словами, признаетъ право на исключительность только за фирмами индивидуальными, но отнюдь не за родовыми и общеупотребительными ³⁾.

Судебно-практическое осуществленіе признаваемого Сенатомъ притязанія на исключительность фирмы стоитъ у насъ однако на совершенно иной, чѣмъ заграницей, и притомъ весьма мало благоприятной интересамъ истцовъ почвѣ, вслѣдствіе, главнымъ образомъ, необходимости доказать точные размѣры убытка и отсутствіе судебной неустойки за нарушеніе возложенной на отвѣтчика по запретительному иску обязанности *in non faciendo*.

IV.

Третій основной принципъ — постоянство фирмы. Въ сравнительно недавнее еще время господства отвлеченной конструктивной юриспруденціи, всецѣло основанной на завѣтахъ *corpus juris civilis*, стремленіе торговаго міра къ удержанію, несмотря ни на какія измѣненія въ составѣ владѣльцевъ предпріятія, первоначальнаго сложенія фирмы, казалось ученымъ теоретикамъ малопонятнымъ — какой-то фантазіей, противорѣчащей основнымъ принципамъ права о непередаваемости личнаго и родового имени. Одинъ изъ представителей того времени, кажется, Герберъ, обмолвился весьма характернымъ по этому поводу выраженіемъ, назвавъ стремленіе къ сохраненію прежней фирмы «проявленіемъ купеческаго романтизма».

¹⁾ По дѣлу Дурунча, сборникъ Вильсона, № 96.

²⁾ По дѣлу Іоаниди съ Шапшалъ. Сборникъ Добровольскаго, № 70.

³⁾ Наглядное тому подтвержденіе можно найти и въ новѣйшей практикѣ Сената, который, напр., призналъ, что именованіе «*Institut de Beauté*» не можетъ считаться индивидуальною и подлежащею охранѣ фирмою (по дѣлу Кейхаръ съ Краснокутской 11 мая 1912 г., № 1479).

Но въ наше время, когда право представляется не непремѣннымъ и послѣдовательнымъ развитіемъ принциповъ римской системы, а считается съ господствующими экономическими интересами, въ постоянствѣ фирмы видятъ институтъ огромнаго реального значенія. Фирма—олицетвореніе предпріятія, носительница его торговой репутаціи, живая связь съ кліентеллой и средство ея увеличенія. Измѣненіе фирмы грозитъ потрясеніемъ всѣхъ экономическихъ основъ заведеннаго и находящагося на ходу торгово-промышленнаго дѣла ¹⁾).

Право должно, такимъ образомъ, дать мѣсто проявленію, вполне серьезно обоснованному стремленію торгово-промышленнаго міра сохранить въ неприкосновенности на все время существованія предпріятія первоначальнаго сложенія фирмы. Однако, неуклонное проведеніе принципа постоянства фирмы должно стать въ противорѣчіе съ началомъ истинности фирмы. Поэтому, предъ законодателемъ возникаетъ неизбѣжная необходимость отыскать компромиссные пути къ разрѣшенію этихъ столкновеній. Естественно поэтому, что при этихъ условіяхъ не во всѣхъ европейскихъ государствахъ взять одинаковый курсъ направленія правовой политики. Въ однихъ государствахъ дано большее преобладаніе принципу истинности фирмъ (напр., въ Швейцаріи и во Франціи), въ другихъ—началу постоянства фирмъ (напр., въ Германіи).

Разсматривая схематически тѣ случаи, когда возникаетъ вопросъ о сохраненіи первоначальнаго сложенія фирмы, слѣдуетъ остановиться на нѣсколькихъ категоріяхъ случаевъ. Прежде всего надлежитъ изслѣдовать судьбу фирмы при измѣненіи именъ владѣльцевъ единоличныхъ и перемѣнъ въ личномъ составѣ индивидуалистическихъ товариществъ (полныхъ и на вѣрѣ). Далѣе идутъ случаи временнаго предоставленія предпріятія дру-

¹⁾ Эта мысль выпукло выражена въ объяснительной запискѣ къ германскому торговому уложенію: «Mit der Firma verknüpfen sich die geschäftlichen Beziehungen sowie der Ruf der Hauses, und nicht nur für die Erben eines Kaufmanns, sondern auch für die sonstigen Rechtsnachfolger im Geschäft ist es ein Ehrenpunkt die alte Firma fortzuführen und ihr Ansehen aufrecht zu erhalten, auch erhebliche materiellen Interessen sind hiermit verbunden».

гимъ лицамъ на началѣ аренды, пожизненнаго пользованія и т. п. Наконецъ, остается третья категория случаевъ—смѣна владѣльцевъ предпріятія. Здѣсь возможны не только простая замѣна одного владѣльца другимъ, но и переходъ отъ одной формы владѣнія къ другой. Если фирма сохраняется, несмотря на смѣну владѣльцевъ, то говорятъ о фирмѣ производной (abgeleitete Firma).

Вопросъ о сохраненіи въ полной неприкосновенности сложенія фирмы, если владѣлецъ таковой остался прежнимъ, можетъ возникнуть по отношенію къ единоличному предпріятію только въ случаѣ измѣненія фамиліи означеннаго владѣльца. Такіе факты, будучи единичными и совершенно исключительными для лицъ мужского пола, обычны и весьма многочисленны въ отношеніи владѣльцевъ единоличныхъ фирмъ. Возникаетъ вопросъ, влечетъ ли перемѣна фамиліи, сопряженная для женщинъ со вступленіемъ въ бракъ, соответственное, въ силу принципа истинности фирмы, измѣненіе и въ сложеніи личной фирмы. Ясный и опредѣленный отвѣтъ въ законѣ на этотъ вопросъ даетъ лишь новое германское уложеніе, которое въ § 21 указываетъ, что если безъ измѣненія въ лицѣ владѣльца фирмы произойдетъ измѣненіе въ его имени, прежняя фирма можетъ быть продолжена въ своемъ существованіи.

Единственная контроверза, возникшая на почвѣ указаннаго § 21 правила, сводится къ тому, можетъ ли разведенная жена, признанная виновной въ нарушеніи брака, которой мужъ воспретилъ ношеніе своей фамиліи, пользоваться этою послѣднею въ видѣ фирмы. По мнѣнію большинства писателей (Левенталь, Штаубъ, Опетъ), и въ этомъ случаѣ интересы оборота должны быть поставлены на первое мѣсто, и воспрещеніе владѣльцевъ фирмы, разведенной женѣ, пользоваться въ гражданскомъ быту фамиліей своего бывшаго мужа не распространяется на сложеніе фирмы ¹⁾.

Французская судебная практика считаетъ несомнѣннымъ право женщины, вышедшей замужъ, а также и

¹⁾ Рядъ убѣдительныхъ къ тому доводовъ приводитъ *Opet* *op. cit.* S. 103—107.

вдовы пользоваться въ качествѣ коммерческаго имени (nom commercial) соотвѣтственно въ первомъ случаѣ своею дѣвической фамиліей, во второмъ—фамиліей умершаго мужа. И при вторичномъ выходѣ замужъ женщина можетъ сохранить въ качествѣ коммерческаго имени дѣвическую фамилію или фамилію своего перваго мужа.

Въ случаяхъ развода или даже раздѣльнаго жительства супруговъ (divorce et séparation de corps) въ силу ст.ст. 299 и 311 гражданскаго кодекса жена теряетъ право на имя мужа, каковое правило, по мнѣнію нѣкоторыхъ французскихъ юристовъ, распространяется и на коммерческое имя¹⁾. Однако это воззрѣніе нельзя признать господствующимъ, и уже Арно, докладчикъ закона 1893 года, ставшаго въ послѣдствіи содержаніемъ нынѣ дѣйствующей редакціи (цитированныхъ выше) ст.ст. 299 и 311 гражданскаго кодекса, указывалъ, что законъ не возбраняетъ разведенной женѣ пользоваться своимъ дѣвическимъ именемъ съ прибавленіемъ «разведенная жена такого-то». Въ этомъ смыслѣ состоялся рядъ судебныхъ рѣшеній²⁾.

Такимъ образомъ, между французскимъ и германскимъ правомъ принципиальная разница. Можно говорить о сохраненіи прежней фирмы при условіи ея неизмѣняемости. Компромиссное же рѣшеніе, предложенное французскою практикою, является послѣдовательнымъ проведеніемъ принципа истинности фирмы.

Такъ какъ по нашему закону разводъ не влечетъ за собою для женщинъ лишенія права пользоваться фамиліей мужа³⁾, то и въ отношеніи продолженія фирмы не можетъ возникнуть, повидимому, никакихъ затрудненій.

Германскій законъ совершенно послѣдовательно и въ томъ же § 21 приравниваетъ къ разсмотрѣнному случаю еще и другой, совершенно аналогичный—измѣненіе

¹⁾ Напр.: *Thaller Traité élémentaire de droit commercial*. 1904 Note 2 ad 102.

²⁾ *Repertoire général du droit français*. Vol. XIII, pages 74, 75.

³⁾ Въ этомъ смыслѣ рѣшенъ вопросъ Правит. Сенатомъ (Указъ по 1 д-ту 1903 года № 9773).

фамиліи того товарища, чье имя входитъ въ сложеніе товарищеской фирмы.

Засимъ заслуживаетъ особаго упоминанія еще слѣдующая категорія случаевъ. Во всѣхъ латинскихъ странахъ существуетъ весьма распространенный обычай прибавлять въ фирмѣ къ своей фамиліи фамилію жены (дѣвическую). Такой способъ сложенія фирмы не превращаетъ, конечно, самого предпріятія изъ единоличнаго въ товарищеское, а потому, въ случаѣ развода между супругами и ухода жены изъ торгово-промышленнаго дѣла, никакой, въ сущности, перемѣны въ личности владѣльца не происходитъ. Французская практика признаетъ, что мужъ и по уходѣ жены не обязанъ мѣнять начертанія коммерческаго имени, включающаго въ себѣ указаніе на жену, или воспроизводящее ея дѣвическую фамилію.

Между уже разсмотрѣнными случаями, когда можетъ возникать вопросъ о продолженіи фирмы при отсутствіи измѣненій въ лицѣ владѣльца предпріятія, и тѣми еще подлежащими разсмотрѣнію случаями, когда тотъ же вопросъ о сложеніи фирмы вызванъ наличностью перемѣны въ лицѣ владѣльца имѣются двѣ какъ бы промежуточныя категоріи: сюда относятся случаи временнаго перехода предпріятія въ другія руки—каковы, наприм., аренда, пользовладѣніе, залогъ—а также частичной смѣны владѣльцевъ, что имѣетъ мѣсто въ отношеніи товарищескихъ предпріятій.

Первый изъ указанныхъ вопросовъ получилъ рѣшеніе въ § 22 германскаго торговаго уложенія, согласно которому сложеніе фирмы при временномъ переходѣ предпріятія въ другія руки приравнено во всѣхъ отношеніяхъ къ случаямъ дѣйствительной смѣны владѣльцевъ. А это означаетъ, что законъ предоставляетъ диспозитивно возможность полного продолженія фирмы или же съ добавленіемъ, указующимъ на преемственность. Но если такое добавленіе сдѣлано, то оно, само собою разумѣется, имѣетъ только временный характеръ, и, по окончаніи аренды, пользовладѣнія, залога и т. п., владѣлецъ предпріятія сохраняетъ лишь прежнюю фирму безъ добавленія, ибо въ данномъ случаѣ рѣчь идетъ не о производной, а о первоначальной фирмѣ.

Въ Россіи подобные случаи не получили законодательной регламентаціи, но судебная практика, повидимому, склонна къ признанію за арендаторомъ предприятия права продолжать фирму владѣльца. Въ одномъ рѣшеніи (по дѣлу Шубиной-Поздѣевой съ Москвинымъ) Прав. Сенатъ (Указъ IV д-та 26 іюня 1890 г. сборникъ Вильсона № 98) призналъ, что право арендатора Москвина на фирму владѣльца предприятия «Иванъ Гладковъ» не даетъ ему права собственности на эту фирму, которой по окончаніи аренднаго договора онъ и не въ правѣ пользоваться.

Въ § 24 германское торговое уложеніе устанавливаетъ, какъ общее правило, что выходъ изъ состава товарищества участниковъ, а равно принятіе въ число товарищей новыхъ лицъ не является препятствіемъ къ продолженію товарищескаго предприятия подъ прежнею фирмою. При этомъ проводится различіе между выходомъ изъ состава товарищества, съ одной стороны, участника, чье имя входитъ въ сложеніе фирмы и, съ другой—такого товарища, фамилія котораго не отражается въ товарищеской фирмѣ.

Въ послѣднемъ случаѣ продолженіе первоначальной фирмы не зависитъ отъ согласія вышедшаго или исключеннаго изъ товарищества товарища, наоборотъ, въ первомъ такое согласіе составляетъ необходимое условіе. При отсутствіи такового, имя вышедшаго должно быть исключено изъ сложенія товарищеской фирмы, т. е., другими словами, неизмѣнность и постоянство первоначальной фирмы тѣмъ будетъ нарушено. Наши проекты буквально воспроизводятъ приведенныя правила германскаго уложенія (ст. 24 проекта сен. Тура, ст. 9 новаго проекта). Совсѣмъ на иной точкѣ зрѣнія стоитъ по этому вопросу французское право. Согласно ст. 21 кодекса, *gâison sociale* состоитъ только изъ именъ участниковъ товарищества; поэтому, если изъ личного состава товарищества выходитъ такой товарищъ, имя котораго входитъ въ сложеніе фирмы, послѣдняя должна подвергнуться соотвѣтственному измѣненію, ибо въ противномъ случаѣ, ушедшій не освободится отъ лежащей на товарищахъ солидарной отвѣтственности по обязательствамъ

товарищества¹⁾ и за то время, когда онъ уже пересталъ принимать участіе въ товарищескомъ предпріятіи.

Еще болѣе строго проводится принципъ истинности фирмы въ швейцарскомъ законѣ, который въ §§ 871 и 872 устанавливаетъ въ качествѣ правила, не терпящаго никакого исключенія, что фирма товарищества полного и на вѣрѣ должна заключать въ себѣ лишь имена неограниченно отвѣтственныхъ товарищей, и что выходъ изъ состава товарищества лица, имя котораго включено въ сложеніе товарищеской фирмы, влечетъ за собою соотвѣтственное ея измѣненіе. Даже согласіе самого вышедшаго изъ товарищества или, въ случаѣ смерти послѣдняго, его наслѣдниковъ на продолженіе первоначальной фирмы не можетъ привести къ ея продолженію въ неизмѣненномъ видѣ.

Смѣна владѣльцевъ торговаго предпріятія возможна въ двухъ случаяхъ: при передачѣ предпріятія однимъ субъектомъ права другому, посредствомъ одной изъ сдѣлокъ, могущихъ вызвать подобный эффектъ (купля-продажа, дареніе и т. п.), и при переходѣ предпріятія въ порядкѣ наслѣдованія послѣ единоличнаго владѣльца. Такимъ образомъ, вопросъ о такъ называемой производной фирмѣ возникаетъ въ отношеніи правопреемника по существующему предпріятію, въ частности, наслѣдниковъ, какъ по закону, такъ и по завѣщанію. Предпріятіе можетъ переходить отъ одинаковаго субъекта права къ другому, такому же, напр., отъ одного единоличнаго владѣльца къ другому, одной акціонерной компаніи къ другой и т. д., но столь же возможенъ и переходъ между разными по своей правовой конструкціи субъектами права въ родѣ передачи единоличнаго предпріятія полному товариществу или акціонерному обществу. Въ послѣдней категоріи случаевъ вопросъ о производной фирмѣ новаго владѣльца предпріятія получаетъ естественно нѣкоторое осложненіе.

Что касается начертанія производной фирмы, то въ этомъ отношеніи мыслимы слѣдующія три возможности: 1) не смотря на смѣну владѣльцевъ, фирма сохраняется въ полной неприкосновенности; на ея сложеніи вовсе

¹⁾ Напр., *Thaller op. cit.* № 309.

не отражаются перемены, происшедшія во владѣніи предприятия—фирма является какъ бы декорацией для публики, скрывающей отъ нея всѣ закулисныя дѣйствія и событія; 2) первоначальная фирма сохраняется, но смѣна владѣльцевъ предприятия получаетъ въ ней свое отраженіе путемъ какихъ-либо дополненій, и 3) смѣна владѣльцевъ ведетъ къ уничтоженію первоначальной фирмы; новый владѣлецъ предприятия обязанъ избрать фирму, согласно правиламъ о начертаніи первоначальныхъ фирмъ, и только путемъ особыхъ добавленій указать на преемственность своихъ правъ отъ прежняго владѣльца и на продолженіе того же самаго предприятия.

Начало неизмѣняемости первоначальной фирмы и полного совпаденія ея съ производной получило наибольшее признаніе въ австро-германскомъ правѣ. Совпадающіе въ нумераціи параграфы 22 торговыхъ уложеній обоихъ названныхъ государствъ опредѣляютъ, что фирма существующаго предприятия, перешедшаго въ порядкѣ наслѣдованія или сдѣлокъ *inter vivos* къ другому владѣльцу, можетъ быть продолжена или въ полной своей неприкосновенности, или съ добавленіемъ, указывающимъ на преемственность. Условіемъ продолженія первоначальной фирмы законъ выставляетъ согласіе на это прежняго владѣльца или его наслѣдниковъ, т. е., другими словами, неизмѣняемость фирмы является диспозитивною нормою. Отсюда слѣдуетъ, что наслѣдники, насколько не имѣется прямого запрещенія наслѣдодателя продолжать его фирму, всегда въ правѣ оставить въ неизмѣнномъ видѣ первоначальную фирму. Въ прочихъ случаяхъ согласіе на продолженіе фирмы имѣетъ окончательное значеніе и обратно взято быть не можетъ. Но приобрѣтатель фирмы имѣетъ право отказаться отъ дальнѣйшаго ея продолженія и взять новую, согласно правиламъ о сложеніи первоначальной фирмы. Однако, въ этомъ послѣднемъ случаѣ онъ уже не можетъ возвратиться къ употребленію производной фирмы, на которую имѣлъ право. Съ отказомъ отъ ея употребленія, она оказывается безвозвратно погашенной.

Продолженіе прежней фирмы предполагаетъ сохраненіе ея въ полной неприкосновенности. По толкованію германскихъ судовъ, фирма переходитъ какъ интеграль-

ное цѣлое, и потому не допускается ни малѣйшаго измѣненія частей производной фирмы ¹⁾).

Добавленіе, указывающее на преемственность, можетъ состоять или изъ одного только соотвѣтственнаго слова (*Nachfolger, vormal, früher* и т. п.), или съ прибавкою еще имени преемника. Расположеніе этого добавленія въ сложеніи составныхъ частей фирмы предоставляется на волю заинтересованныхъ лицъ.

По общему правилу, введеніе въ фирму добавленія, указывающаго на преемственность, факультативно, но нельзя по вполнѣ понятнымъ основаніямъ отрицать права отчуждателя разрѣшать продолженіе фирмы подъ непремѣннымъ условіемъ указанія на преемника. Въ этихъ случаяхъ добавленіе становится интегральною частью производной фирмы, не подлежащей измѣненію и при дальнѣйшихъ переходахъ даннаго предпріятія отъ одного владѣльца къ другому. Если, напр., предпріятіе, принадлежащее А, перешло къ Б подъ условіемъ продолженія фирмы А съ указаніемъ «преемникъ Б», то, при слѣдующемъ переходѣ того же предпріятія, новый пріобрѣтатель В не можетъ пользоваться фирмою «А, преемникъ В».

Если никакихъ ограниченій не поставлено, то пріобрѣтатель производной фирмы совершенно свободенъ въ пользованіи или непользованіи добавленіемъ, указывающимъ на преемственность, и дальнѣйшая передача фирмы совершается такъ же, какъ и первая съ соблюденіемъ правилъ § 22 торговаго уложенія, ибо если первоначальный владѣлецъ фирмы не оговорилъ какихъ либо ограниченій, онъ, отчуждая фирму, тѣмъ самымъ согласился на всѣ послѣдствія такого отчужденія ²⁾).

Вслѣдствіе принципа постоянства первоначальной фирмы правила о сложеніи фирмъ оказываются сплошь да рядомъ нарушенными. Если единоличный владѣлецъ пріобрѣтаетъ производную фирму, онъ въ правѣ ею пользоваться, хотя бы она была не личной, а предметной, и обратно, акціонерная компанія при тѣхъ же условіяхъ

¹⁾ Такъ, была запрещена замѣна слова *Velociped-Fabrik* словомъ *Farrad-Fabrik*, «Th. Hecht»-«Theodor Hecht».

²⁾ *Olshausen. Das Verhältniss des Namenrechts zum Firmenrecht. S. 66.*

можетъ оказаться носителницей чисто личной фирмы. Далѣе возникаетъ вопросъ, насколько на сложеніи производной фирмы отражаются тѣ отличительные признаки, кои установлены для отличія одного правового субъекта отъ другого и поскольку эти признаки соответствуютъ дѣйствительнымъ фактамъ. Въ этомъ отношеніи германскій законъ ограничивается указаніемъ, что правило о томъ, чтобы акціонерныя компаніи и акціонерныя коммандиты включали въ сложеніе фирмы соответственную прибавку, остается въ силѣ и для сложенія производныхъ фирмъ. Такимъ образомъ, акціонерная компанія или акціонерная коммандита, приобретающія уже существующую фирму, обязаны къ ея сложенію сдѣлать добавленіе: «акціонерное общество», «акціонерная коммандита». Наоборотъ, если единоличный владѣлецъ или индивидуалистическое товарищество приобретаетъ фирму акціонерной компаніи или акціонерной коммандиты, оно обязано выпустить прибавку «акціонерное общество» или «акціонерная коммандита». Возникаетъ, однако, сомнѣніе, абсолютно ли необходимо выпустить указанную прибавку или же она можетъ остаться въ томъ случаѣ, если изъ добавленія, указующаго на преемственность, ясно видно, что владѣльцемъ фирмы не состоитъ болѣе акціонерное общество или коммандита. За необходимость абсолютнаго опущенія прибавки «акціонерная компанія» высказался въ литературѣ Маркусъ; противоположнаго мнѣнія придерживается Марксъ. Высшій имперскій судъ призналъ, что если въ фирмѣ акціонернаго предпріятія нѣтъ акціонерной прибавки¹⁾, то она можетъ въ неизмѣненномъ видѣ быть продолжена единоличнымъ владѣльцемъ или полнымъ товариществомъ (напр., фирма Deutsche Globe, Hufnagelgesellschaft).

Совершенно иначе обстоитъ дѣло, если единоличный владѣлецъ получаетъ право на фирму товарищества полного, либо на вѣрѣ или, наоборотъ, товарищество приобретаетъ фирму единоличнаго предпріятія. Въ перечисленныхъ случаяхъ допускается продолженіе фирмы по общему правилу, т. е. съ добавленіемъ о преемственно-

¹⁾ Это можетъ имѣть мѣсто по отношенію къ фирмамъ, возникшимъ до введенія новаго германскаго уложенія, т. е. до 1 января 1900 года.

сти или безъ такового. Аналогично поэтому сохраненіе первоначальной фирмы и при такомъ измѣненіи товарищества, когда въ результатѣ выхода или исключенія всѣхъ товарищей, кромѣ одного, товарищество на самомъ дѣлѣ превращается въ единоличное предпріятіе. Такимъ образомъ, въ отношеніи производныхъ фирмъ допустимо, чтобы единоличный владѣлецъ имѣлъ фирму, составленную изъ фамилій нѣсколькихъ лицъ, какъ съ прибавкою К^о, такъ и безъ таковой. Обратное возможно, чтобы товарищество—полное или на вѣрѣ—пользовалось фирмою, содержащей обозначеніе одной фамиліи безъ какого бы то ни было добавленія, указывающаго на коллективное предпріятіе.

Ясная и детально разработанная догма нѣмецкаго права о сложеніи производной фирмы смѣняется во Франціи довольно неопредѣленною и мало похожею по своему содержанію на германскій законъ схемою, выработанною судебною практикою.

Такъ какъ исходнымъ пунктомъ дальнѣйшихъ построеній французской юриспруденціи является ученіе объ имени, какъ неотчуждаемой принадлежности лица, то переходъ фирмы отъ одного субъекта къ другому представляется французскимъ юристамъ возможнымъ только въ самыхъ ограниченныхъ предѣлахъ.

Смѣна владѣльцевъ предпріятія интересуется французскую юридическую мысль, главнымъ образомъ, съ той точки зрѣнія, не употребить ли отчуждатель свое имя въ цѣляхъ конкуренціи съ проданнымъ или уступленнымъ другому лицу предпріятіемъ. Поэтому съ одной стороны принимаются разныя мѣры для предотвращенія такого положенія вещей, съ другой—новому владѣльцу предпріятія, для закрѣпленія за собою кліентеллы этого послѣдняго, разрѣшается пользованіе именемъ предшественника. Однако, по существу своему такое пользованіе рѣзко отличается отъ пользованія производною фирмою. Пользованіе чужимъ именемъ—прежняго владѣльца предпріятія допускается постолько, поскольку для сохраненія кліентеллы предпріятія, нужно показать преемственность новаго владѣльца отъ стараго. Употребляются оба имени—и прежняго, и новаго владѣльцевъ, ибо цѣль такой комбинаціи пріучить покупателя къ

мысли о томъ, что предпріятіе продолжается, и что оно перешло къ новому владѣльцу. Когда такого рода оповѣщеніе достаточно внѣдрится въ сознание покупающей публики и она освоится съ новымъ владѣльцемъ—теряетъ смыслъ употребленіе имени прежняго владѣльца. Этимъ и объясняется, что пользованіе именемъ прежняго владѣльца признавалось во Франціи до послѣдняго времени лишь срочнымъ полномочіемъ, и что судамъ предоставлена власть рѣшать, когда, по обстоятельствамъ каждаго даннаго случая, слѣдовало признать своевременнымъ прекращеніе пользованія чужимъ именемъ. И только съ 1909 года практика измѣнилась и пользованіе именемъ прежняго владѣльца было причислено къ категоріи правомочей, не ограниченныхъ какимъ либо срокомъ ¹⁾).

Есть еще и другая разница между французскимъ и германскимъ правомъ. Въ то время какъ германскій законъ требуетъ для продолженія первоначальной фирмы прямое разрѣшеніе прежняго владѣльца, французская практика считаетъ достаточнымъ основаніемъ для пользованія именемъ прежняго владѣльца отсутствіе прямого на то запрещенія.

Французская судебная доктрина получила отчетливое выраженіе въ швейцарскомъ законѣ.

Этотъ послѣдній начисто отринулъ самое существованіе производныхъ фирмъ. Съ точки зрѣнія швейцарскаго закона нѣтъ перехода фирмъ. Всякое лицо—физическое или юридическое—прекратившее торгово-промышленное дѣло или уступившее его другому владѣльцу, обязано заявить о томъ реестровому суду для погашенія фирмы. Преемникъ обязанъ начинать свою дѣятельность подъ своею собственною фирмою, въ сложеніи которой онъ долженъ естественно соблюдать всѣ правила, касающіяся начертанія первоначальной фирмы (истинность и исключительность). Единственно, что указываетъ на связь, на сохраненіе предпріятіемъ своего тождества, не смотря на смѣну владѣльцевъ—это возможность присоединить къ новой фирмѣ добавленіе «преемникъ такого то» (*Successeur, Nachfolger*) ²⁾. Возможность эта

¹⁾ См. *Oudinot*. De la transmission de la firme. *Annales du droit commercial*. 1912, page 362—370.

²⁾ Ст.ст. 866, 874.

открыта, однако, преемнику торгового предприятия не иначе какъ подъ условіемъ нарочитаго или, по крайней мѣрѣ, молчаливаго согласія прежняго владѣльца на употребленіе его имени. При этомъ швейцарскіе юристы относятся къ факту согласія строже, чѣмъ французскіе; если нѣтъ прямого разрѣшенія, то, предварительно занесенія фирмы съ добавленіемъ о преемственности, реестровому судѣ рекомендуется снести съ прежнимъ владѣльцемъ и узнать, не встрѣтятся ли съ его стороны какія либо къ тому препятствія ¹⁾).

Что касается русскаго права, то нормы общеимперскія не совпадаютъ съ финляндскими сепаратными.

Финляндскій законъ 2 мая 1895 г. стоитъ почти на точкѣ зрѣнія французско-швейцарскаго права. Согласно ст.ст. 12 и 13 этого закона, фирма можетъ быть продолжена только супругами (обоюдно) и наслѣдниками съ согласія наслѣдодателя. Во всѣхъ прочихъ же случаяхъ первоначальная фирма можетъ допускаться лишь съ добавленіемъ, указывающимъ на преемственность.

Наоборотъ, общеимперское русское право, поскольку оно отразилось въ судебной практикѣ, придерживается началъ германо-австрійскихъ торговыхъ уложеній.

Такъ, по дѣлу Мари съ Герке Прав. Сенатъ *expressis verbis* пояснилъ, что, вмѣстѣ съ торговымъ предприятиемъ, можетъ быть передаваемо и право собственности на фирму. Наслѣдникъ бывшаго владѣльца предприятия не въ правѣ требовать воспрещенія употреблять фирму лицу, которому право собственности на эту фирму перешло по законнымъ актамъ. Въ другомъ рѣшеніи (по дѣлу Шубиной-Поздѣевой съ Москвинымъ) Сенатъ говоритъ объ уступкѣ фирмы при жизни и по духовному завѣщанію и о правѣ наслѣдованія фирмы. Равнымъ образомъ и по дѣлу Амлонга съ Форштремомъ Сенатъ находилъ, что право отдѣльнаго лица торговать подъ извѣстною фирмою можетъ быть предметомъ договора какъ письменнаго, такъ и словеснаго. Ту же точку зрѣнія поддерживаетъ и законъ о товарныхъ знакахъ (ст. 161¹⁶ уст. о пром. по прод. 1906 г.), который говоритъ о сохраненіи торговыхъ или промышленнымъ предприятиемъ

¹⁾ *Le Fort*. Le registre du commerce 1884, page 222.

прежняго наименованія въ случаяхъ отчужденія или отдачи его въ аренду. Полную параллель русскихъ правовыхъ воззрѣній на фирму съ германскими отмѣчаетъ и *communis opinio doctorum* русскихъ коммерціалистовъ (Башиловъ, Цитовичъ, Шершеневичъ, Каминка, Удинцевъ).

Совершенно точное воспроизведеніе самого текста германскаго закона даютъ наши проекты фирменнаго закона, какъ составленный сенаторомъ Туромъ (ст. 16), такъ и проектъ коммисіи по составленію гражданскаго уложенія (ст. 586), а равно новѣйшій правительственный (ст. 8).

V.

Предшествующій краткій очеркъ современнаго законодательства и судебной практики по вопросу о сложеніи фирмы наглядно показываетъ, что правила, относящіяся къ этому предмету, весьма сложны и проникнуты духомъ какой то средневѣковой схоластики. Но главнымъ недостаткомъ нынѣшней доктрины о сложеніи фирмы является въ значительной долѣ безцѣльность и внутреннее противорѣчіе тѣхъ правилъ, въ которыхъ она получила свое выраженіе. И если тѣмъ не менѣе эта система правилъ опутываетъ какою-то паутиною торгово-промышленную жизнь западныхъ народовъ, то это можно объяснить лишь силою традицій и трудностью бороться съ глубоко укоренившимся положеніемъ вещей.

Наша законодательная отсталость въ фирменномъ вопросѣ и отсутствіе у насъ сколько нибудь полной и послѣдовательно развитой системы правилъ о сложеніи фирмы, основанной на обычаяхъ или судебной практикѣ, идетъ намъ въ данномъ случаѣ на пользу, ибо это положеніе вещей позволяетъ русскому законодателю подойти къ примѣрамъ запада съ достаточною критикою и творить свое право совершенно самостоятельно, не считаясь ни съ какими уже твердо установившимся укладомъ торгово-промышленнаго строя.

Поэтому въ этомъ вопросѣ отнюдь не слѣдуетъ идти по пути, взятому тремя русскими законопроектами фирменнаго закона. Простое заимствованіе правилъ западнаго законодательства въ данномъ случаѣ совершенно неприемлемо. Въ области *de lege ferenda* развѣртываются

болѣ широкія и заманчивыя перспективы возможности сказать свое собственное новое слово.

Принципъ истинности фирмы явился послѣдовательнымъ развитіемъ теоретической предпосылки о томъ, что фирма есть имя владѣльца торговаго предпріятія; принципъ постоянства фирмы представляется логическимъ выводомъ признанія фирмы именемъ самого торгово-промышленнаго предпріятія и, наконецъ, принципъ исключительности одинаково нуженъ и для той и для другой изъ упомянутыхъ теорій.

Но достаточно взять только одно, а не два отправныхъ начала, какъ вся теорія сложенія фирмы получить, безъ ущерба для интересовъ торгово-промышленнаго класса и всей покупающей публики, значительное упрощеніе. По моему убѣжденію предпочтеніе должно быть отдано мнѣнію меньшинства, т. е. теоріи, усматривающей въ фирмѣ имя самого торгово-промышленнаго предпріятія.

Послѣдовательное развитіе этой теоріи приводитъ съ логическою необходимостью къ слѣдующимъ заключеніямъ.

Фирма имѣетъ цѣлью индивидуализировать торгово-промышленное предпріятіе, къ которому она относится, и отличить его въ глазахъ третьихъ лицъ отъ другихъ, подобныхъ же, а потому и могущихъ быть съ нимъ смѣшанными предпріятіями. Но такъ какъ за предпріятіемъ стоитъ еще владѣлецъ такового и онъ является дѣе- и правоспособнымъ субъектомъ въ правоотношеніяхъ по предпріятію, то полезно, но вовсе не обязательно, дать въ фирмѣ нѣкоторое указаніе на владѣльца предпріятія. Въ этомъ отношеніи достаточно, чтобы фирма выражала форму владѣнія предпріятіемъ.

Нѣмецкіе писатели громко превозносятъ принципъ такъ называемой истинности фирмы. Какъ въ гражданскомъ быту, говорятъ они, нельзя допустить свободнаго пользованія чужими именами, такъ точно и въ торгово-промышленной жизни естественно каждому пользоваться только своею собственною фамиліей. Однако, полное проведеніе этого принципа до его конечныхъ результатовъ, какъ это сдѣлано, напр., швейцарскимъ закономъ, представляется нѣмцамъ чрезмѣрнымъ и даже фанатическимъ преклоненіемъ передъ правдою и дѣйствитель-

ностью¹⁾ и они не колеблясь приносят истинность фирмы въ жертву, быть можетъ, и менѣе высокой, но зато абсолютно повелительной потребности сохранить при помощи неизмѣняемости фирмы рентабельность, а тѣмъ и капитальную стоимость торгово-промышленнаго предпріятія. И вотъ, если сопоставить съ одной стороны всѣ производныя фирмы, а также и тѣ, для сложенія коихъ было употреблено одно изъ многихъ средствъ обхода правилъ закона, съ другой такія фирмы, сложеніе коихъ указываетъ на дѣйствительнаго владѣльца предпріятія, то окажется, что число фирмъ первой категоріи намного превосходитъ количество фирмъ второй, и что, такимъ образомъ, принципъ истинности фирмъ сводится въ значительномъ большинствѣ случаевъ въ сущности къ принципу лживости фирмъ.

Кому и зачѣмъ нужна та истина, которую хотятъ поддерживать въ сложеніи фирмъ? Торгово-промышленная кліентелла и покупающая публика нуждаются лишь въ отличительномъ наименованіи каждаго предпріятія, дабы имѣть возможность дѣлать выборъ между конкурентами. Но каково будетъ содержаніе этого отличительнаго признака для публики совершенно безразлично. Чѣмъ легче запоминается, тѣмъ лучше. А съ этой точки зрѣнія представляется сомнительнымъ, всякая ли фамилія хорошо запоминается и не надежнѣе ли врѣзывается въ память удачно подобранное фантастическое названіе. Что касается далѣе контрагентовъ фирмы, то и для нихъ принципъ истинности фирмы въ его теперешнемъ практическомъ осуществленіи врядъ ли можетъ имѣть какую-либо цѣну.

Вѣдь, если существуютъ производныя фирмы, гдѣ нѣтъ совпаденія имени владѣльца предпріятія съ именемъ, вошедшимъ въ сложеніе фирмы, и если изъ начертанія фирмы нельзя опредѣлить, къ какой категоріи—первоначальныхъ или производныхъ относится каждая данная фирма, то ни одинъ осмотрительный дѣловой человѣкъ не станетъ по фирмѣ удостовѣряться въ личности владѣльца предпріятія, а обратится для этого къ какимъ-

¹⁾ См., напр., Riesser. Zur Revision des Handelsgesetzbuchs. 1887. S. 31.

либо инымъ средствамъ, напр., къ записямъ въ торговомъ реестрѣ.

Поэтому приходится придти къ заключенію, что такъ называемый принципъ истинности фирмы есть на самомъ дѣлѣ одна лишь, никому къ тому же ненужная, фикція. Если полезно для цѣлей оборота и для удобства третьихъ лицъ сдѣлать легко доступной справку объ имени и фамилии владѣльца даннаго предпріятія, то эта цѣль должна быть достигнута не при помощи фирмы, а путемъ установленія соотвѣтственныхъ обязательныхъ обозначеній на вывѣскахъ, какъ это и практикуется германскимъ уставомъ о промышленности.

О томъ, какая существуетъ огромная разница между достиженіемъ указанной цѣли—дать справку о личности владѣльца торгово-промышленнаго предпріятія—путемъ ли соотвѣтственнаго сложенія фирмы или же посредствомъ правилъ объ обязательномъ содержаніи вывѣсокъ заведенія говорить здѣсь не приходится, такъ какъ этотъ вопросъ получилъ уже подробное разъясненіе.

Равнымъ образомъ и принципъ формальной фирменной исключительности вызываетъ не мало сомнѣній. Прежде всего онъ совершенно не обезпечиваетъ тѣ интересы предпріятій, ради которыхъ онъ созданъ. Чѣмъ крупнѣе предпріятіе, чѣмъ шире районъ его дѣятельности, тѣмъ все призрачнѣе та охрана его индивидуальности, которая достигается при помощи формальной фирменной исключительности. Съ другой стороны, осуществленіе этого принципа сопряжено съ совершенно излишними стѣсненіями торгово-промышленнаго класса. Пользованіе выбранною фирмою иногда затрудняется, напр., существованіемъ одинаковой, но совершенно не конкурентной фирмы.

Обсуждая вопросъ о сложеніи фирмы *de lege ferenda* можно, казалось бы, на основаніи всего вышеизложеннаго высказать слѣдующія пожеланія. Выборъ фирмы долженъ быть по возможности предоставленъ на волю и усмотрѣніе заинтересованныхъ лицъ. Имъ, этимъ лицамъ, предстоитъ рѣшить ту же психологическую задачу, которая встаетъ и передъ заявителемъ товарнаго знака. Въ своемъ докладѣ на дюссельдорфскомъ конгрессѣ для

защиты промышленной собственности въ 1907 г. проф. Остерритъ удачно вскрылъ процессъ выбора торговцемъ или промышленникомъ словеснаго товарнаго знака. «Для этой цѣли, говоритъ проф. Остерритъ, должно быть выбрано слово, хотя и не обозначающее предмета дѣятельности даннаго предпріятія (ибо это уже сфера словъ, находящихся въ общемъ пользованіи), но способное вызвать у третьихъ лицъ по какой-либо ассоціаціи идей представленіе о профессиональныхъ услугахъ торговца или промышленника и при томъ иногда о нѣкоторыхъ положительныхъ и привлекательныхъ сторонахъ этой дѣятельности». Тѣ же соображенія всецѣло примѣнимы и къ процессу выбора сложения фирмъ.

Свобода въ выборѣ фирмъ имѣетъ своимъ предѣломъ лишь такое сходство новой фирмы съ уже существующими, которое внушаетъ опасеніе возможности смѣшенія между собой разныхъ предпріятій. Критеріемъ наличности или отсутствія такого сходства является, конечно, мѣра вниманія и осмотрительности средняго человека изъ толпы.

Возраженіе противъ формальной исключительности фирмъ не означаетъ еще отрицанія записи ихъ въ торговый реестръ и превентивой защиты зарегистрированныхъ фирмъ противъ новыхъ фирмъ, недозволительно сходныхъ съ уже существующими. Рѣчь идетъ только объ измѣненіи понятія реестровой исключительности фирмъ.

При заявкѣ каждой новой фирмы реестровый судья долженъ провѣрить, сообразуясь съ предметомъ и раіономъ дѣятельности существующихъ предпріятій, не нарушаетъ ли новая фирма чьихъ либо интересовъ. Отказъ въ регистраціи можетъ быть обжалованъ въ судебномъ порядкѣ. Въ случаѣ, если реестровый судья не находитъ оснований къ отказу въ регистраціи, онъ дѣлаетъ распоряженіе объ опубликованіи проекта сложения новой фирмы. Въ теченіе опредѣленнаго срока со времени публикации могутъ поступать возраженія со стороны заинтересованныхъ лицъ. Споры разрѣшаетъ реестровый судья, постановленія котораго могутъ быть обжалованы въ судебномъ порядкѣ. По истеченіи срока для возраженій новая фирма вступаетъ въ силу, но въ короткій

давностный срокъ должно быть предоставлено владѣльцамъ ранѣе существовавшихъ фирмъ, пропустившихъ срокъ возраженія реестровому судѣ, право иска объ измѣненіи вновь возникшей фирмы.

Такъ какъ трудность охраны исключительности фирмы отъ съ нею сходственныхъ на всемъ протяженіи Имперіи или, по крайней мѣрѣ, на большой территоріи падаетъ всецѣло на крупныя предпріятія, обладающія для защиты своихъ интересовъ и надлежащими денежными средствами и достаточными личными силами, то предлагаемая схема охраны исключительности фирмъ представляется гораздо легче осуществимой, чѣмъ это можетъ показаться на первый взглядъ.

Разумѣется, пока существуетъ предпріятіе, сохраняется въ неприкосновенности и сложеніе его фирмы. Смѣна владѣльцевъ предпріятія не должна отражаться на сложеніи фирмы, если продолжается одно и то же предпріятіе. Единственно, на что могла бы указывать фирма, это на форму владѣнія предпріятіемъ. Удобнѣе всего это было бы осуществить слѣдующимъ образомъ. Разъ навсегда надлежало бы установить опредѣленные знаки (лучше всего въ видѣ инициаловъ) для обозначенія формы владѣнія (е. п. = единоличное предпріятіе; а. к. = акціонерная компанія и т. д.), которые приставлялись бы къ фирмѣ и мѣнялись бы въ соотвѣтствіи съ дѣйствительными фактами.

Такимъ образомъ эти знаки, составляя обязательную прибавку всѣхъ безъ исключенія фирмъ, не входили бы вмѣстѣ съ тѣмъ въ сложеніе этихъ послѣднихъ, ибо подлежали бы измѣненію въ строгомъ соотвѣтствіи съ дѣйствительными фактами и совершенно независимо отъ неизмѣняемаго самого по себѣ сложенія фирмъ.

ГЛАВА ТРЕТЬЯ.

I

Въ предшествующихъ главахъ, была сдѣлана попытка, отграничивъ понятіе о фирмѣ отъ другихъ, ему близкихъ и съ нимъ сходственныхъ, раскрыть содержаніе самого понятія о фирмѣ. Конечный выводъ упомянутого изслѣдованія — фирма есть обозначеніе предпріятія и форма воплощенія права на это послѣднее. Если фирма есть названіе, то естественно было обратиться прежде всего къ внѣшней сторонѣ дѣла — разсмотрѣть, какъ выглядитъ это названіе, какъ оно въ разныхъ случаяхъ должно быть выбрано и составлено. Но есть еще и другая сторона дѣла, т. ск. внутренняя. Если фирма есть не только одно названіе, т. е. способъ индивидуализаціи предпріятія, но и воплощеніе права на это послѣднее, то пользованіе фирмою является актомъ правового значенія. Поэтому можно говорить о правѣ изъ фирмы и объ охранѣ этого права въ случаѣ его нарушенія.

Однако, прежде чѣмъ перейти къ анализу права изъ фирмы, необходимо предварительно остановиться еще на одномъ вопросѣ, а именно на томъ, кто можетъ быть субъектомъ фирменнаго права, кто имѣетъ право на фирму.

Если фирма есть названіе предпріятія, то, очевидно, что каждый владѣлецъ такового имѣетъ и право на фирму. Но не всякій самостоятельный торгово-промышленный дѣятель можетъ считаться владѣльцемъ предпріятія, и есть такіе виды торгово-промышленной дѣятельности, которые протекаютъ внѣ той особой, хотя и разнообразной въ отдѣльныхъ случаяхъ, организации промысловаго дѣла, которую именуютъ предпріятіемъ. Такіе

участники торгового оборота права на фирму не имѣютъ. Способомъ индивидуализаціи для нихъ служить ихъ гражданское имя.

Приведенная, вполне сама по себѣ логическая и цѣлесообразная, схема можетъ получить закрѣпленіе только въ такомъ законодательствѣ, которое точно и опредѣленно выработало понятіе фирмы и ввело фирменный порядокъ, на началѣ обязательности веденія фирмы тѣми, кто на это по закону имѣетъ право. Иное дѣло страны, гдѣ понятіе фирмы не получило надлежащаго закрѣпленія въ законѣ, гдѣ нѣтъ ни фирменнаго порядка, ни фирменнаго принужденія, и гдѣ весь институтъ фирмы основанъ только на силѣ необходимости, вылившейся въ нормы обычнаго права. Въ такихъ государствахъ право на фирму (объ обязанности имѣть фирму говорить уже не приходится) сводится къ произвольному усмотрѣнію самихъ торговцевъ и промышленниковъ пользоваться таковой. Съ одной стороны, многія предпріятія считаютъ излишнимъ имѣть вообще какую бы то ни было фирму, отъ чего страдаетъ ясность, опредѣленность и твердость правоотношеній торгового оборота, съ другой—иногда тѣ, кому не слѣдовало бы пользоваться фирмою, ее ведутъ, побуждаемые къ тому совершенно отрицательными съ общественной точки зрѣнія стимулами, казаться больше, чѣмъ они есть на самомъ дѣлѣ, производить впечатлѣніе серьезнаго торгово-промышленнаго предпріятія. Съ подобнымъ положеніемъ вещей благоустроенный торговый бытъ мирится лишь съ величайшимъ трудомъ. Впрочемъ въ двухъ странахъ съ сильно развитымъ торгово-промышленнымъ развитіемъ—во Франціи и Англіи—не существуетъ ни фирменной обязанности, ни права на фирму. Всѣ торговцы и промышленники могутъ, если пожелаютъ, пользоваться, какъ отличительнымъ признакомъ своего промысловаго дѣла, собственнымъ именемъ или любымъ избраннымъ ими названіемъ. Но этотъ хаотическій правопорядокъ только кажущійся. Отсутствие законнаго правопорядка покрывается съ избыткомъ правотворящими рѣшеніями судовъ и тонко развитымъ правовымъ чувствомъ всѣхъ участниковъ дѣлового оборота. Свободѣ, предоставленной закономъ индивидамъ, въ отношеніи фирмы противостоитъ во Франціи недопустимость

concurrency déloyale, а въ Англіи детально разработанныя обычнымъ правомъ нормы, касающіяся goodwill, т. е. правоотношеній, имѣющихъ своимъ предметомъ позитивныя шансы торгово-промышленныхъ предпріятій въ ихъ борьбѣ съ промысловыми соперниками. Это и является коррективомъ къ пробѣлу въ законодательствѣ.

Австрійскій, германскій и швейцарскій законы предусматриваютъ раздѣленіе всего торгово-промышленнаго класса на двѣ категоріи—полныхъ и мелкихъ купцовъ (Voll und Minderkaufleute). Первые изъ нихъ несутъ всѣ обязанности, налагаемыя профессиональнымъ участіемъ въ промысловомъ оборотѣ, вторые приобщаются не ко всѣмъ институтамъ и установленіямъ правового строя промысловой жизни. Первые изъ нихъ обязаны имѣть фирму, вторые, наоборотъ, лишены права пользоваться фирмою.

Австрійскій законъ проводитъ дѣленіе между обѣими упомянутыми выше категоріями, базируясь на двухъ основаніяхъ, во-первыхъ, на родѣ промысла, а, во-вторыхъ, на величинѣ ставокъ промысловаго налога.

Всѣ лица и товарищества, занимающіяся торговлей по домамъ покупателей, независимо отъ величины ихъ оборотовъ и суммы платимаго ими налога относятся къ категоріи ограниченныхъ въ своихъ профессионально-промысловыхъ правахъ купцовъ. Всѣ прочія физическія и юридическія лица, занимающіяся промысловой дѣятельностью и имѣющія для отправленія своихъ промысловыхъ функцій какое-нибудь прикрѣпленіе къ опредѣленному мѣсту (въ отличіе отъ торговли по домамъ, въ разность и развозъ, составляющей форму подвижного странствующаго промысла), относятся либо къ категоріи полноправныхъ купцовъ, либо къ категоріи ограниченныхъ въ профессионально-промысловыхъ правахъ лицъ, въ зависимости отъ величины платимаго ими налога. Относимые къ числу полноправныхъ купцовъ лица должны платить промысловаго налога въ мѣстахъ съ населеніемъ свыше 100.000, по крайней мѣрѣ, 60 флориновъ, въ мѣстахъ съ населеніемъ 10—100 т., по крайней мѣрѣ, 40 фл. и, наконецъ, въ мѣстахъ съ населеніемъ менѣе 10.000—25 флориновъ. Къ таковымъ плательщикамъ приравниваются и такія предпріятія, кои по своему

объему обязаны были бы уплачивать налогъ въ указанныхъ размѣрахъ, но по какимъ-либо причинамъ освобождены отъ обложенія. ¹⁾

Швейцарскій союзный законъ объ обязательствахъ предусматриваетъ обязанность веденія фирмъ и ихъ регистраціи для лицъ, занимающихся торговымъ и фабричнымъ промыслами, а также и другимъ на коммерческой ладъ организованнымъ дѣломъ. Подъ именемъ торговаго промысла разумѣется профессиональная торговля въ тѣсномъ смыслѣ этого слова изъ постоянныхъ помѣщеній, далѣе всякое посредничество по торговлѣ, совершеніе сдѣлокъ и посредничество по биржевымъ, банковымъ операціямъ, маклерство, агентура, нотаріатъ и адвокатура, если занятіе этими послѣдними выходитъ за предѣлы чисто юридической дѣятельности. Далѣе, къ торговому промыслу относятся транспортное и страховое дѣло, а также посредничество въ отношеніи спроса и предложенія личного труда и услугъ. Фабричнымъ промысломъ законъ именуетъ всѣ виды обрабатывающей промышленности, производящей на заказъ и на продажу, дѣлающей изъ сырья фабрикаты или полуфабрикаты, а равно перерабатывающей самые продукты (то что нѣмцы называютъ *Veredelung*).

Наконецъ, подъ именемъ организованнаго на коммерческій ладъ промысла швейцарскій законъ охватываетъ добывающую промышленность, а равно занятія, требующія спеціальныхъ знаній и особой подготовки, напр., содержаніе аптекъ, лечебныхъ заведеній, химическихъ лабораторій и т. п. Засимъ къ этой же группѣ относятся такія профессиональныя занятія, кои по своему объему и роду дѣятельности могутъ быть приравнены къ торговлѣ или фабричному производству, каковыми при извѣстныхъ условіяхъ могутъ быть ремесленныя заведенія, красильни и т. п. Эту группу заключаютъ лица, занимающіяся профессионально предоставленіемъ другимъ необходимыхъ жизненныхъ благъ, т. е. содержатели го-

¹⁾ Gesetz vom 17/XII 1862 zur Einführung eines Handelsgesetzbuches § 7. Австрійскіе законы и практика получили подробное изложеніе въ статьѣ *I. Brunstein* *Namen und Firmenschutz im österreichischen Privat-Handels und Gewerberecht* въ сборникѣ *Juristische Festgabe der Ausländer zu Kohlers 60 Geburtstag* Standart, 1909.

стиниць, ресторановъ, пансіоновъ, баровъ, кургаузовъ, мебелированныхъ комнатъ и т. п.

Мелкою торговлею и промысломъ, освобожденнымъ отъ обязанности имѣть фирму, признаются тѣ, чей товарный запасъ въ среднемъ не превышаетъ цѣнности 2.000 фр., или годовое производство не превосходитъ 10.000 фр. или валовой годовой доходъ не болѣе 10.000 фр.¹⁾

Кругъ предпріятій, пользующихся фирмою въ Германіи, очерченъ законодательствомъ этой страны иначе, чѣмъ это сдѣлано въ Австріи и Швейцаріи.

Вмѣсто двухъ категорій появляется три: во-первыхъ, предпріятій, обязанныхъ вести фирму, во-вторыхъ, предпріятій, имѣющихъ право пользоваться фирмою, и, въ третьихъ, предпріятій, коимъ запрещено имѣть фирму.

Группа предпріятій, подпадающихъ подъ фирменную обязанность, т. е. такихъ, кои въ силу самого закона не могутъ не имѣть фирмы, складывается изъ трехъ различныхъ подгруппъ.

Прежде всего сюда относятся предпріятія, на которыя означенная обязанность возлагается изъ-за предмета ихъ промысловой дѣятельности. Условіе это имѣетъ абсолютное значеніе въ томъ смыслѣ, что такого рода предпріятія обязаны вести фирму, независимо отъ ихъ объема, внутренней организаціи самого дѣла, юридической формы владѣнія предпріятіемъ. Въ ст. 1 германскаго торговаго уложенія въ девяти пунктахъ данъ исчерпывающій перечень тѣхъ видовъ промысла, кои являются сами по себѣ имѣющими торговый характеръ²⁾.

Вторую подгруппу составляютъ предпріятія, которыя по своему роду и объему требуютъ организаціи на коммерческой ладъ. Подъ именемъ этой послѣдней, т. е. «организаціи на коммерческой ладъ», разумѣется, по толкованію извѣстнаго нѣмецкаго комментатора Штауба, приспособленія и установленія, созданныя торговою практикою, для достиженія порядка и ясности во всѣхъ элементахъ предпріятія, во всѣхъ дѣйствіяхъ его промысловой дѣятельности (напр., веденіе книгъ, храненіе корреспонденціи получаемой и копіровка отправляемой,

¹⁾ Подробности о швейцарскомъ правѣ у Curti Schweizerisches Handelsrecht, Zurich 1903, Bd. II, S. 198 и слѣд.

²⁾ По классификаціи Veit-Simon'a въ т. н. Musskaufleute.

сосредоточіе выдачи и пріема платежей въ кассѣ и т. д.). Предпріятіе, которое по своему объему таково, что правильное веденіе его невозможно безъ примѣненія указанныхъ выше спеціальныхъ приспособленій и особаго распорядка, подходитъ подъ категорію тѣхъ, коихъ и имѣть въ виду ст. 2 германскаго торговаго уложенія. Такимъ образомъ, для предпріятій разсматриваемой подгруппы существенъ не предметъ дѣятельности, а чисто фактическій объемъ промысловой дѣятельности¹⁾.

Третью подгруппу образуютъ акціонерныя общества, акціонерныя коммандиты и товарищества съ ограниченою отвѣтственностью, т. е. въ данномъ случаѣ въ качествѣ основанія классификаціи выступаетъ на первый планъ еще новый признакъ—юридическая форма владѣнія предпріятіемъ. Такимъ образомъ, акціонерныя и товарищескія предпріятія обязаны имѣть фирму, каковы бы ни были ихъ предметъ дѣятельности и фактическій объемъ, розмахъ всего промысловаго дѣла²⁾.

Рядомъ съ предпріятіями, обязанными имѣть фирму, стоятъ предпріятія, для коихъ веденіе фирмы факультативно, составляетъ ихъ право, а не обязанность. Сфера такихъ предпріятій—подсобные промыслы при сельскомъ и лѣсномъ хозяйствѣ (§ 3 германскаго торговаго уложенія). Принятіе фирмы есть дѣло усмотрѣнія владѣльца такого предпріятія³⁾.

Наконецъ, не могутъ пользоваться фирмою, т. е. не обязаны и не имѣютъ права, ремесленники и тѣ, кто, по смыслу ст. 4 торговаго уложенія, отнесены къ числу мелкихъ промысловыхъ дѣятелей. Общій признакъ мелкаго промысла, указанный въ законѣ, это его объемъ. Ближайшее опредѣленіе означеннаго понятія предоставлено мѣстнымъ правительствамъ, кои должны руководствоваться при такомъ разграниченіи или тяжестью налогового обложенія, или какими-либо другими признаками.

Въ отношеніи первой изъ вышеупомянутыхъ категорій ремесленниковъ возникаетъ на практикѣ примѣненія закона лишь одно затрудненіе—найти объективные признаки отграниченія ремесленниковъ отъ фабрикантовъ

¹⁾ По той же классификаціи, т. н. *Sollkaufleute*.

²⁾ По классификаціи *Veit-Simon*, т. н. *Formkaufleute*.

³⁾ По *Veit-Simon*'у, т. н. *Kannkaufleute*.

и другихъ промышленниковъ. Примѣненіе механической силы, положеніе предпринимателя, число рабочихъ, наличность ученичества, различные признаки квалитативнаго свойства—всѣ эти критеріи были испробованы для твердаго отграниченія фабрикантовъ отъ ремесленниковъ и оказались при провѣркѣ ихъ несостоятельными.

Еще болѣе неясны и измѣнчивы контуры мелкаго промысла (*Kleingewerbe*). Объяснительная записка къ торговому уложенію ограничивается упоминаніемъ, что подъ этимъ терминомъ разумѣются промысловыя занятія, близкія и родственныя развозному и разносному торгу (*Höker, Trödler und Hausierer*). Штаубъ противопоставляетъ эти промысловыя занятія тѣмъ, кои предусмтрѣны ст. 2 торговаго уложенія, и считаетъ мелкимъ промысломъ такой, который по объему и роду своему не требуетъ организаціи на купеческій ладъ. Хотя толкованіе Штауба и встрѣчаетъ возраженія съ точки зрѣнія строго-текстуальной интерпретаціи статей торговаго уложенія (ст. 2 говоритъ *nach Art und Umfang*, а ст. 4—*über den Umfang*), однако, повидимому, она лучше и ближе всего рас- толковываетъ смыслъ понятія мелкаго промысла.

Мѣстныя правительства, за исключеніемъ одного только незначительнаго Шварцбургъ-Рудольштадтъ, не воспользовались предоставленнымъ имъ правомъ уточнить понятіе мелкаго промысла и поступили въ этомъ отношеніи, по мнѣнію автора одной спеціальной монографіи по разсматриваемому вопросу Безцлера ¹⁾, весьма разумно. Отдѣльныя постановленія, притомъ между собою не согласованныя, привели бы не къ уясненію, а къ еще большему запутыванію понятія и сущности мелкаго промысла.

Уже изъ этого самаго краткаго очерка тѣхъ началъ, коими, регулируется въ Германіи область примѣненія фирмы видно, что тонкая работа юристовъ привела въ конечномъ результатѣ къ довольно сложной системѣ правилъ, примѣненіе которой на практикѣ требуетъ большого образовательнаго - культурнаго уровня личнаго состава органовъ торговой регистраціи. Врядъ ли такая система годна для воспроизведенія въ другихъ государ-

¹⁾ A. Baeszler. Der Minderkaufmann. Leipzig, 1910.

ствахъ, отличныхъ отъ Германіи по своему правокультурному развитію, ибо главная основа такой системы—это все-таки свободная оцѣнка судомъ обстоятельствъ конкретныхъ случаевъ.

Изъ изложеннаго видно, что рѣшеніе вопроса *de lege ferenda* относительно Россіи, о томъ, для кого веденіе фирмы является обязательнымъ, сопряжено съ большими трудностями.

Здѣсь важенъ принципъ. Прежде всего, нужно рѣшить, какія преимущества влечетъ за собой обязанность веденія фирмы. Отвѣтъ на этотъ вопросъ весьма простъ. Обязанность веденія фирмы создаетъ ясность и твердость правоотношеній, возникающихъ между предпріятіемъ и третьими лицами, содѣйствуя тѣмъ упроченію и развитію кредита. Засимъ, веденіе фирмы даетъ болѣе твердое основаніе торговому дѣлу, ставить его въ нѣсколько раздѣльное отъ лица владѣльца положеніе. Наконецъ, обязанность имѣть фирму предупреждаетъ въ корнѣ недобросовѣстную конкуренцію въ одной изъ важнѣйшихъ и наиболѣе вредныхъ ея формъ—въ видѣ nepзволительнаго и вызывающаго смѣшеніе сходства двухъ предпріятій.

Что касается обратной стороны дѣла—степени обременительности или стѣснительности для торгово-промышленныхъ дѣятелей обязанности зарегистрировать и вести фирму—слѣдуетъ признать, что расходы, сопряженные съ этимъ обязательствомъ и выполненіе необходимыхъ къ тому формальностей, при раціональной постановкѣ дѣла регистраціи, врядъ-ли могутъ быть большими, а необходимая процедура оказаться сложнѣе, чѣмъ издержки и формальности по выборкѣ промысловыхъ свидѣтельствъ, возложенныя на весь безъ исключенія торгово-промышленный классъ.

Поэтому принципиально нужно признать желательнымъ возможно широкое распространеніе обязанности имѣть и вести фирму. Въ этомъ отношеніи было бы, казалось, менѣе вреднымъ расширить кругъ фирменно-обязанныхъ свыше даже реальной и неизбежной въ томъ необходимости, чѣмъ сдѣлать ошибку въ противоположномъ направленіи, т. е. сузить сферу примѣненія фирмы противъ дѣйствительной потребности въ означенномъ инсти-

тутъ. Въ первомъ случаѣ лишнія и очень незначительныя стѣсненія отдѣльныхъ мелкихъ торгово-промышленныхъ дѣятелей, во второмъ—извѣстная опасность всему обществу, интересамъ неопредѣленно большого числа участниковъ дѣлового оборота.

Съ точки зрѣнія указаннаго принципа и нужно искать въ дѣйствующемъ законѣ опорныя базы для какого бы то ни было опредѣленія круга обязанныхъ къ веденію фирмы торгово-промышленныхъ дѣятелей.

Въ законахъ, прямою цѣлью которыхъ является регламентація торгово-промышленной жизни—въ уставахъ торговомъ и о промышленности не содержится никакихъ основъ для классификаціи въ цѣляхъ установленія круга фирменно-обязанныхъ всѣхъ конкретныхъ проявленій торгово-промышленной дѣятельности.

Уставъ о промышленности противопоставляетъ, правда, фабрично-заводскую промышленность ремесламъ, но даетъ совершенно непріемлемое обоснованіе этому дѣленію. Согласно ст. 2 названнаго устава, «мануфактуры, фабрики и заводы отличаются отъ ремеселъ тѣмъ, что имѣютъ въ большинствѣ видѣ заведенія и машины; у ремесленниковъ же нѣтъ ихъ, кромѣ ручныхъ машинъ и инструментовъ», а ст. 279 того же устава поясняетъ, что «подъ именемъ ремеселъ разумѣются занятія, имѣющія предметомъ обработываніе вещей, посредствомъ ручной работы». При современной technikъ механическая сила получила столь широкое распространеніе, что опредѣленіе сферы ремеселъ отрицательнымъ признакомъ неупотребленіемъ механическихъ двигателей,—звучить въ наши дни прямымъ анахронизмомъ.

Уставъ торговый содержитъ въ ст. 669—672 попытку классификаціи торговой дѣятельности на три разряда—торговлю оптовую, розничную и мелочную. Къ первой изъ упомянутыхъ категорій уставъ относитъ банкировъ, оптовыхъ негоціантовъ и вообще всѣхъ производящихъ заграничную торговлю и коммисіонныя дѣла. Вторая категорія—розничные торговцы—не получила ближайшаго опредѣленія въ законѣ. Третья категорія очерчена крайне своеобразно—ея составными элементами являются мелочные торговцы, мѣщане, ремесленники, «произ-

водящіе своими издѣліями торговлю, кромѣ работающихъ единственно по заказамъ».

Очевидно, что такая классификація, гдѣ на-ряду съ признаками профессиональных занятій (напр., банкиры) фигурируютъ чисто сословные (напр., мѣщане), никакого матеріала для разрѣшенія рассматриваемой проблемы дать не можетъ.

Болѣе поздній по времени своего появленія законодательный актъ—положеніе о государственномъ промысловомъ налогѣ — 1898 года и еще не успѣвшій превратиться въ законъ проектъ правилъ о переходѣ торгово-промышленныхъ предпріятій пользуются въ качествѣ основного термина понятіемъ «предпріятіе», причѣмъ законъ 1898 года противопоставляетъ предпріятіе «личнымъ промысловымъ занятіямъ» (уст. о прям. нал., сводъ зак. т. V, изд. 1903 года, ст. 366).

Казалось бы, на этомъ понятіи можно было бы и остановиться. Фирма, какъ уже ранѣе было указано, есть названіе предпріятія. Слѣдовательно, всѣ предпріятія должны вести фирму. Однако, практически такое правило не привело бы къ сколько-нибудь удовлетворительнымъ результатамъ, ибо самое понятіе предпріятія, или, лучше сказать, конкретное содержаніе такового, вовсе не опредѣлено проектомъ закона о переходѣ предпріятій и очерчено слишкомъ пестро въ положеніи о промысловомъ налогѣ.

Предпріятія торговыя раздѣлены въ приложеніи къ ст. 368 уст. о прям. налогахъ на пять разрядовъ, а промышленныя—на восемь. Каждый разрядъ состоитъ изъ конгломерата конкретныхъ перечисленій, взятыхъ притомъ съ различныхъ точекъ зрѣнія (по предмету производства, а также субсидіарно по количеству производства, высотѣ наемной платы, величинѣ основного капитала, числу рабочихъ рукъ и т. д.).

Вся эта сложная система со всѣми недостатками, свойственными методу конкретныхъ перечисленій, совершенно не нужна для опредѣленія круга обязательныхъ субъектовъ фирменнаго права. Сдѣлать веденіе фирмы обязательнымъ для всѣхъ разрядовъ безцѣльно, а ограниченіе по разрядамъ приводитъ, въ виду крайней пе-

строты ихъ содержанія, къ совершенно произвольнымъ результатамъ.

Все вышеизложенное даетъ основаніе къ утверженію, что для опредѣленія круга обязанныхъ вести фирму русскому законодателью лучше всего пойти путемъ самостоятельнаго творчества, отнюдь не стремясь утилизировать и пригонять для новой цѣли уже существующія въ дѣйствующемъ законѣ классификаціи.

Съ точки зрѣнія указаннаго выше принципа—установленія возможно широкаго круга предпріятій, обязанныхъ вести фирму, можно, казалось бы, набросать слѣдующую схему.

Всѣ не единоличныя предпріятія, независимо отъ предмета ихъ дѣятельности и другихъ признаковъ, обязаны вести фирму.

Относительно единоличныхъ торгово-промышленныхъ дѣателей слѣдуетъ идти путемъ исключенія, т. е. установить, кто изъ нихъ не обязанъ имѣть фирмы. Безспорно должны быть освобождены отъ этой обязанности представители развозной и разносной торговли, а также ремесленники. Далѣе, изъ числа лицъ, имѣющихъ торговое обзаведеніе, могли бы быть приравнены къ представителямъ развозной, разносной торговли и къ ремесленникамъ тѣ, кто по экономическому положенію своему, торговымъ оборотамъ и всему складу промысловой дѣятельности мало чѣмъ отличается отъ разносчиковъ и ремесленниковъ. Опредѣлить эту категорію представителей промысловой дѣятельности какимъ-либо общимъ критеріемъ невозможно и врядъ-ли нужно. Это могло бы быть предоставлено усмотрѣнію регистрирующихъ органовъ, основанному на конкретномъ обсужденіи обстоятельствъ каждаго даннаго случая.

Установленіе, быть можетъ, въ порядкѣ инструкціонномъ какихъ-либо правилъ, основанныхъ на опытѣ, и возможность пересмотра опредѣленій регистрирующихъ органовъ объ освобожденіи и привлеченіи къ регистраціи тѣхъ или другихъ единоличныхъ промысловыхъ дѣателей составятъ необходимые коррективы для обезпеченія правильности постановленій, основанныхъ на свободномъ усмотрѣніи регистрирующаго органа.

Право на фирму является, какъ видно изъ изложеннаго, правомочіемъ не всѣхъ правоспособныхъ субъектовъ, а лишь ограниченнаго ихъ круга. Естественно поэтому остановиться на вопросѣ о правѣ на фирму въ тѣхъ случаяхъ, когда по тѣмъ или инымъ причинамъ субъектъ этого права лишился своей спеціальной фирменной правоспособности.

Право на фирму имѣетъ формальный характеръ, т. е. возникаетъ и прекращается въ силу соотвѣтственныхъ помѣтокъ въ торговомъ реестрѣ. Отсюда слѣдуетъ, что если фирма была зарегистрирована ошибочно для лица, которое не имѣетъ права на такую, она все же существуетъ со всѣми правовыми послѣдствіями до момента уничтоженія записи въ реестрѣ. Равнымъ образомъ и въ тѣхъ случаяхъ, когда на законномъ основаніи существующая фирма утратила право на дальнѣйшее продолженіе, напр., предпріятіе превратилось въ мелкое, фирма прекращается только съ момента уничтоженія записи, а не со времени наступленія самого измѣняющаго положеніе вещей факта. Учиненіе соотвѣтственныхъ записей совершается или по заявленію заинтересованныхъ субъектовъ, или *ex officio* реестровымъ судьей, когда онъ освѣдомится о необходимости погашенія фирмы. Въ этомъ послѣднемъ случаѣ реестровый судья обязанъ предварительно оповѣстить о своемъ намѣреніи погасить фирму заинтересованныхъ лицъ и дать имъ срокъ на возраженія, по разсмотрѣніи которыхъ судья и приходитъ къ окончательному рѣшенію.

Изложенное нашло себѣ отраженіе въ особой нормѣ германскаго торговаго уложенія (§ 5). Согласно этой статьѣ, фактъ занесенія фирмы въ реестръ составляетъ *praesumptio juris de jure* для третьихъ лицъ, поскольку владѣлецъ фирмы имѣетъ торговый промыселъ (*Handelsgewerbe*). Возраженія возможны только въ томъ случаѣ, если фирмовладѣлецъ не имѣетъ никакого промысла.

Къ циклу вопросовъ, относящихся до права на фирму, принадлежатъ: владѣніе фирмою совокупностью физическихъ лицъ (совладѣніе) и принадлежность одному лицу нѣсколькихъ фирмъ по однороднымъ или разнороднымъ предпріятіямъ.

Фирма связана неразрывно съ предпріятіемъ, составляя имя этого послѣдняго. Самостоятельнымъ объектомъ права фирма быть не можетъ, хотя и представляетъ извѣстную, иногда даже очень значительную, имущественную цѣнность. Поэтому исключительное право нѣсколькихъ лицъ на ту же фирму мыслимо лишь въ формѣ сособственности на торгово-промышленное предпріятіе, ведущее фирму.

Совладѣніе торговымъ предпріятіемъ и раздѣлъ такового нашимъ закономъ предусмотрѣны (прил. къ статьѣ 1238, прим. 1, зак. гражд., особенно ст. 18 правилъ этого приложения). Пока предпріятіе, какъ таковое, существуетъ, распоряженіе фирмою принадлежитъ или выборному отъ совладѣльцевъ, или имъ всѣмъ, съ общаго ихъ согласія. Доходъ отъ предпріятія, слѣдовательно, и отъ фирмы можетъ быть по тому или другому основанію подѣленъ между совладѣльцами. При раздѣлѣ предпріятія фирма не подлежитъ дѣлежу, и на нее невозможно установленіе даже идеальной доли, ибо фирма — названіе предпріятія — есть, вмѣстѣ съ тѣмъ, и воплощеніе его цѣлостности. Если произведенъ раздѣлъ предпріятія, таковое прекратило свое существованіе и съ нимъ вмѣстѣ прекратилась и фирма. Бывшимъ совладѣльцамъ дѣлить фирму не приходится, ибо къ моменту раздѣла она, какъ извѣстная возможность имущественной выгоды, уже исчезла.

Вопросъ о томъ, допускается ли для одного субъекта право имѣть нѣсколько фирмъ, рѣшенъ для единоличныхъ торговыхъ дѣятелей въ утвердительномъ смыслѣ и для коллективныхъ предпріятій въ отрицательномъ. Съ точки зрѣнія теоріи фирмы — имени купца — обоснованіе допустимости нѣсколькихъ фирмъ представляетъ большія затрудненія и отличается по необходимости нѣкоторою натянутостью. Наоборотъ, при взглядѣ на фирму, какъ на названіе предпріятія, дѣло значительно упрощается. Тогда остается признать, что единоличному предпринимателю дозволяется имѣть нѣсколько предпріятій, а коллективные обязаны сконцентрировать, объединить всѣ свои промысловыя занятія въ формѣ одного и единого предпріятія. Это ограниченіе наложено на нихъ, говорятъ представители науки торговаго права,

въ силу присущей имъ юридической ихъ природы, въ виду отсутствія у нихъ отдѣлимой отъ самого предприятия самостоятельной правоспособности.

Множественность фирмъ образуется главнымъ образомъ при приобрѣтеніи владѣльцемъ одной фирмы предприятия, уже существовавшего подъ другою фирмою, и съ правомъ для приобрѣтателя пользоваться этою послѣднею. Въ этихъ условіяхъ коллективные предприниматели могутъ лишь измѣнить свою прежнюю фирму, тогда какъ единоличный промысловый дѣятель въ правѣ, наряду съ употребленіемъ своей прежней фирмы, пользоваться и новою.

Такъ какъ предприятие не выработалось еще въ особую *universitas juris*, то германская практика считаетъ, что юридически обособленнаго положенія предприятия, ведомыя подъ различными фирмами, не имѣютъ. По обязательствамъ каждой фирмы владѣлецъ отвѣчаетъ всѣмъ имуществомъ, хотя бы таковое относилось къ предприятию подъ другою фирмою. Субъектомъ правъ и обязанностей является владѣлецъ нѣсколькихъ предприятий, но отнюдь не каждое изъ предприятий.

II

По разсмотрѣніи права, а иногда и обязанности вести фирму, необходимо обратиться къ другой сторонѣ вопроса, а именно, остановиться на содержаніи правъ и обязанностей фирмовладѣльца. Сюда относятся не только пользованіе и употребленіе фирмы управомоченнымъ на то физическимъ или юридическимъ лицомъ, но также и право на распоряженіе фирмою, какъ объектомъ юридическихъ сдѣлокъ.

Въ свою очередь, употребленіе фирмы управомоченнымъ можетъ быть весьма разнообразнымъ по своему содержанію, ибо пользованіе фирмою захватываетъ всю сферу дѣятельности торгово-промышленнаго предприятия. Для систематическаго обзрѣнія возможно только выдѣлить нѣкоторые особые случаи, отличающіеся чѣмъ либо отъ другихъ способовъ пользованія фирмою. Предпославъ поэтому нѣсколько словъ вообще о пользованіи фирмою, въ дальнѣйшемъ слѣдуетъ остановиться на

значеніи фірмы въ процессуальному отношеніи и въ сферѣ правоотношеній съ недвижимостями.

Австрійскій и германскій законы дѣлають попытку опредѣленія того, что нужно разумѣть подъ понятіемъ употребленія фірмы. Такъ какъ соотвѣтственныя статьи (австрійскій § 15, германскій § 17) совпадаютъ, и только германскій содержитъ въ себѣ прибавку, которой нѣтъ въ австрійскомъ, то въ дальнѣйшемъ можно ограничиться анализомъ одного лишь нѣмецкаго закона. Этотъ послѣдній указываетъ, что фирма употребляется въ качествѣ индивидуальнаго обозначенія при 1) веденіи торговыхъ дѣлъ, 2) учиненіи подписи въ сферѣ торговыхъ отношеній и 3) при процессуальныхъ дѣйствіяхъ (вчиненіи исковъ и отвѣтовъ по нимъ).

Это перечисленіе не покрываетъ собою всей сферы примѣненія фірмы въ торговомъ оборотѣ. Такъ, напр., законъ совершенно упустилъ изъ вида употребленіе фірмы въ цѣляхъ рекламы (на вывѣскѣ, въ письмахъ, газетныхъ объявленіяхъ и т. п.), ибо выраженіе «Im Handel seine Geschäfte betreibt» комментаторы обыкновенно толкуютъ какъ относящееся только до торговыхъ сдѣлокъ. Германскій имперскій судъ расширилъ понятіе употребленія фірмы до его естественнаго предѣла, сказавъ, что пользованіе фирмою имѣетъ мѣсто не только тогда, когда заключается торговая сдѣлка, но и во всѣхъ дѣйствіяхъ, касающихся промысловой дѣятельности, поскольку изъ нихъ видно, что они исходятъ именно отъ фірмы (*der Gebrauch einer Firma liegt zwar nicht nur dann vor, wenn unter ihrer Anwendung ein Handelsgeschäft geschlossen wird; es fallen vielmehr alle Handlungen darunter die den Willen kundgeben, sich bei dem Betriebe des Handelsgewerbes der Firma zu bedienen*¹⁾). Приблизительно въ тѣхъ же выраженіяхъ говоритъ о понятіи употребленія фірмы и Правительствующій Сенатъ. Самое понятіе фірмы, объясняетъ Сенатъ, «заключается» въ наименованіи предпріятія или особымъ названіемъ, или по имени его владѣльца, отличающемъ его отъ названія однородныхъ предпріятій, пользованіе

¹⁾ Entscheidungen des Rechtsgerichts in Zivilsachen, 1904. Bd. 55, № 30, S. 123.

же фирмою состоятъ въ воспроизведеніи этого названія на всѣхъ предметахъ и во всѣхъ случаяхъ, касающихся дѣлъ даннаго предпріятія» ¹⁾).

Сложеніе фирмы подчинено опредѣленнымъ правиламъ, въ границахъ коихъ предоставленъ заинтересованнымъ лицамъ свободный выборъ наименованія фирмы. Но разъ этотъ выборъ сдѣланъ и закрѣпленъ регистраціей, владѣлецъ фирмы обязанъ въ употребленіи этой послѣдней соблюдать педантичную строгость въ томъ смыслѣ, что устное, а въ особенности, письменное пользование фирмою должно быть всегда неизмѣннымъ и точно совпадающимъ съ зарегистрированнымъ начертаніемъ фирмы, а равно словеснымъ (фонетическимъ) произношеніемъ таковаго. «Разъ избранное начертаніе фирмы, говоритъ проф. Цитовичъ ²⁾, не должно быть измѣняемо».

Такимъ образомъ, употребленіе фирмы есть обозначеніе во всѣхъ нужныхъ случаяхъ предпріятія неизмѣняемымъ строго опредѣленнымъ названіемъ—его фирмою. Это употребленіе охватываетъ и случаи подписи, т. е. письменныхъ волеизъявленій, влекущихъ правовыя послѣдствія, дающихъ основанія возникновенія для подписавшагося правъ и обязанностей. По отношенію къ фирмѣ возникаетъ вопросъ, равносильно ли начертаніе фирмы отъ руки или механическимъ способомъ (напр., штемпелемъ) подписи. Нѣмецкій законъ и практика требуютъ различныхъ закрѣпленій подписи для торговаго реестра въ зависимости отъ того, въ какую юридическую форму облечено предпріятіе.

Единоличный торговецъ долженъ учинить передъ реестровымъ судьей рукописное начертаніе фирмы (§ 29 германскаго торговаго уложенія). Наоборотъ, члены правленія и ликвидаторы акціонерной компаніи, ликвидаторы товарищества съ ограниченою отвѣтственностью, юридическаго лица, имѣющаго торговую правоспособность, обязаны учинить лишь личную подпись (торг. улож. § 35, 195, законъ о тов. съ огр. отв. § 67). Нако-

¹⁾ По дѣлу Феррейна съ Браунштейномъ 1911 г., № 973 (Сборникъ Добровольскаго и Бера. т. II, 1914 г., стр. 111).

²⁾ Цитовичъ. Учебникъ торговаго права 1891 г., стр. 62.

нецъ, призванные къ представительству въ товариществѣ полномъ, на вѣрѣ и акціонерной коммандитѣ товарищи, управляющіе товариществъ съ ограниченной отвѣтственностью, должны дать образецъ рукописнаго начертанія фирмы и личной подписи (герм. торговое уложеніе §§ 108, 161, 320, законъ о товарищ. съ огранич. отв. § 35).

Соотвѣтственно этимъ правиламъ получаетъ юридическую силу подпись фирмою, т. е. въ однихъ случаяхъ для этого достаточно рукописнаго начертанія фирмы, въ другихъ необходимо еще и присоединеніе личной подписи. Если фирма состоитъ не изъ одного личного обозначенія, то предметная часть можетъ быть воспроизведена механическимъ способомъ, но только не для торговаго реестра, гдѣ все и фирма и подпись должны быть рукописными. Это послѣднее требованіе Эренбергъ ¹⁾ считаетъ мало разумнымъ.

И германскій и австрійскій законы обошли молчаніемъ случай, когда владѣлецъ фирмы по какимъ либо причинамъ, заслуживающимъ уваженія (по тѣлеснымъ недостаткамъ, неграмотности и т. п.), не въ состояніи учинить подпись фирмою. Практика обнаруживаетъ колебанія между замѣною личной подписи подписью прокуриста и совершеннымъ освобожденіемъ отъ обязанности учинить фирменную подпись. Въ Австріи, неграмотнымъ иногда даютъ срокъ—выучиться подписывать фирму. Это послѣднее обыкновеніе реестровыхъ органовъ, заслуживаетъ тѣмъ большаго вниманія, что въ Россіи, когда у насъ будетъ введенъ торговый реестръ, такіе случаи могутъ быть болѣе частыми, чѣмъ на Западѣ.

Въ германской практикѣ возникалъ вопросъ, допустимо ли сокращенное употребленіе фирмы.

Въ § 13 нѣмецкаго закона о товарныхъ знакахъ, воспроизведенномъ съ однимъ характернымъ измѣненіемъ и въ § 4 проекта новаго закона по тому же предмету указывается, что фирма и безъ заявки можетъ служить для фирмовладѣльца въ качествѣ товарнаго знака и упо-

¹⁾ Ehrenberg. Handbuch des gesamten Handelsrechts. 1913. Bd. I, S. 555.

требляться притомъ какъ въ полномъ, такъ и сокращенномъ видѣ. При этомъ практика примѣненія нынѣ дѣйствующаго закона, основанная на § 16 закона о недобросовѣстной конкуренціи, признавала недопустимымъ такое употребленіе фирмы какъ въ полномъ, такъ и сокращенномъ видѣ, которое направлено на то, чтобы вызвать въ публикѣ смѣшеніе двухъ предпріятій.

Эта тенденція судебной практики нашла себѣ выраженіе *expressis verbis* въ проектѣ новаго закона, согласованнаго, такимъ образомъ, по своему смыслу и содержанию съ § 16 закона 1909 года о недобросовѣстной конкуренціи. Ибо, по мѣткому выраженію составителей объяснительной записки къ проекту, пользование фирмой не есть разрѣшеніе для необузданной конкуренціи (...aber anderseits solle § 4 keinen Freibrief für zügellosen Wettbewerb gewähren) ¹⁾.

Наличность § 13 закона о товарныхъ знакахъ поставила передъ германскою практикою два вопроса: 1) допустимо ли сокращенное употребленіе фирмы только при пользованіи ею, какъ товарнымъ знакомъ или также и въ прочихъ случаяхъ и 2) какія именно сокращенія фирменнаго начертанія позволительны.

Имперскій судъ, отвѣчая на оба поставленные выше вопроса, различаетъ между сокращеніями, допускаемыми при пользованіи фирмой, согласно ст. 13 закона о товарномъ законѣ, и прочими случаями. Поскольку сокращенія фирмы для товарнаго знака признаются верховнымъ трибуналомъ нормальными и соответственными самой природѣ знака, долженствующаго представлять краткій, рельефный, хорошо и прочно запоминаемый публикой символъ самаго снабженнаго знакомъ товара, постолько сокращенное употребленіе фирмы въ правооборотѣ можетъ быть допустимо лишь въ видѣ исключенія (а, наприимѣръ, для подписи векселей и вовсе запрещено). Если поэтому и мириться въ исключительныхъ случаяхъ съ сокращеннымъ употребленіемъ фирмы, то сами сокращенія должны быть таковы, чтобы всякій

¹⁾ Die Entwürfe Patentgesetzes, Gebrauchsmustergesetzes und Warenzeichengesetzes. Sonderausgabe der Zeitschrift für Industrie 1913, S. 133.

могъ свободно распознать подлинную фирму и правового субъекта, имѣющаго право пользоваться таковою и легко возстановить себѣ полное начертаніе употребленной сокращенно фирмы. Отсюда, напр., слѣдуетъ, что фирменные добавки, обозначающія правовую природу фирмовладѣльца, не могутъ быть предметомъ сокращенія.

Иначе обстоитъ дѣло съ употребленіемъ фирмы въ качествѣ товарнаго знака. Тамъ возможны различныя совершенно произвольныя сокращенія фирменнаго начертанія при условіи, чтобы было использовано крылатое слово изъ всего сложенія фирмы (Schlagwort) и такое сокращеніе фирмы стало обычнымъ въ кругу кліентовъ фирмы и вообще покупателей даннаго товара. Если при этомъ самая фирма и ея обычныя сокращенія по времени своего возникновенія старше товарнаго знака, то въ качествѣ послѣдняго употребительны всѣ подобныя, находящіяся въ оборотѣ, сокращенія фирмы. Наоборотъ, при старшинствѣ знака возможно пользованіе только необходимыми частями фирменнаго начертанія и притомъ только въ обычно-бытовомъ ихъ сокращеніи. Всякому же иному произвольному сокращенію начертанія фирмы и пользованію имъ въ качествѣ знака по силѣ § 13 закона мѣшаетъ наличность опредѣленнаго знака и связанное съ этимъ необходимое предположеніе, что только въ этомъ видѣ сокращеніе фирмы извѣстно потребителямъ товара. ¹⁾

Особый, заслуживающій спеціальнаго разсмотрѣнія, случай составляетъ употребленіе фирмы въ правоотношеніяхъ, касающихся недвижимостей, гдѣ, какъ извѣстно, права подлежатъ особому закрѣпленію (система гипотечныхъ записей въ западныхъ государствахъ, крѣпостной порядокъ совершенія актовъ о недвижимостяхъ въ Россіи).

Въ Германіи, вопросъ о томъ, могутъ ли въ записяхъ гипотечныхъ книгъ субъекты правоотношеній быть обозначаемы фирмами, а не гражданскими ихъ именами, получилъ весьма контроверзный характеръ.

¹⁾ Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen 1904. Bd. 56, № 102 S. 417—423. Magnus und Freund Gesetz zum Schutz der Warenbezeichnungen 1909. S. 175—176.

Наиболѣе ограничительное въ этомъ отношеніи мнѣніе высказываетъ извѣстный комментаторъ торговаго уложенія Штаубъ.

Гипотечныя книги, а равно и другіе реестры, пользующіеся свойствомъ публичной достовѣрности, должны давать наиболѣе точныя свѣдѣнія о личности субъекта правъ, предоставлять всѣ средства для вѣрнаго его распознаванія. Товарищескія предпріятія, являющіяся юридическимъ лицомъ, не имѣютъ никакого иного обозначенія, кромѣ товарищеской фирмы. Поэтому если товарищеское предпріятіе пріобрѣтаетъ недвижимость или устанавливаетъ залоговыя обремененія такого имущества, оно не можетъ быть иначе занесено въ торговый реестръ, какъ подъ фирмою. Иначе обстоитъ дѣло, по мнѣнію Штауба, съ единоличными предпріятіями, гдѣ есть выборъ между наименованіемъ фирмы, и гражданскимъ именемъ фирмовладельца. Предпочтеніе должно быть отдано имени владельца фирмы, ибо онъ является подлиннымъ субъектомъ правоотношеній по недвижимостямъ и интересъ прецизирования личности субъекта правъ болѣе достигнутъ, если онъ прямо названъ, и если для его установленія не надо обращаться еще къ обзорѣнію торговаго реестра.

Противоположное изложенному воззрѣнію Штауба мнѣніе (комментаторы Дюрингеръ, Хахенбургъ, Козакъ, Лёвенталь и др.) мотивируется такъ. При дѣйствіи стараго германскаго торговаго уложенія, согласно ст. 275, сдѣлки съ недвижимостями были исключены изъ числа торговыхъ. Нынѣ правило ст. 275 стараго уложенія отпало и сдѣлки съ недвижимостями входятъ въ составъ торговыхъ операцій. А такъ какъ по силѣ ст. 17 новаго торговаго уложенія фирма есть имя купца, подъ которымъ онъ совершаетъ торговыя операціи, и въ законѣ не содержится никакого ограниченія правила ст. 17, то не имѣется никакихъ легальныхъ основаній къ недопущенію записей въ гипотечныхъ книгахъ подъ фирмою единоличнаго торговаго предпріятія.

Если мѣняется владѣлецъ единоличнаго предпріятія, а фирма продолжается, то фактъ перехода недвижимости отъ одного владѣльца къ другому долженъ быть, на основаніи общаго правила, изложеннаго въ ст. 873 гра-

жданскаго уложенія (BGB), отмѣченъ въ гипотечныхъ книгахъ ¹⁾).

Германская судебная практика долго колебалась между приведенными выше взглядами и скорѣе примыкала къ мнѣнію Штауба и его сторонниковъ. Однако, имперскій судъ призналъ, что мѣстное саксонское распоряженіе, сдѣланное въ административномъ порядкѣ и осуществляющее взглядъ Лѵвентала, Козака и др., не противорѣчитъ имперскому праву ²⁾).

Разсмотрѣнный выше вопросъ есть предметъ не настоящей русской дѣйствительности, а того близкаго или далекаго будущаго, когда въ Россіи будетъ введенъ фирменный порядокъ. Въ настоящее время субъекты правоотношенія по недвижимости обозначаются безспорно фирмою только по отношенію къ акціонернымъ компаніямъ. Уже для торговыхъ домовъ (товариществъ полныхъ и на вѣрѣ) практика обнаруживаетъ колебанія, а единоличныя предпріятія являются субъектами правъ на недвижимость подѣ гражданскимъ именемъ фирмовладельца. De lege ferenda съ точки зрѣнія теоріи—фирма названіе предпріятія—желательно допущеніе занесеній актовъ по недвижимости подѣ фирмою.

До извѣстной степени схожимъ съ только что разобраннѣмъ вопросомъ является вопросъ о допущеніи фирменнаго обозначенія сторонъ въ процессѣ. Также, какъ и въ отношеніи записей въ гипотечныя книги, существовали сомнѣнія о возможности для единоличнаго предпріятія искать и отвѣчать на судѣ не подѣ гражданскимъ именемъ владѣльца предпріятія, а подѣ фирмою. Для коллективныхъ предпріятій это право казалось безспорнымъ. Долгія колебанія судебной практики по этому предмету и въ Германіи и въ Австріи привели къ сознанію необходимости закрѣпленія въ законѣ того или другаго рѣшенія даннаго вопроса. Это и было сдѣлано во второй части § 17 новаго германскаго торговаго уложенія 1897 г., согласно которому предоставляется возможность искать и отвѣчать на судѣ подѣ фирмою. Хотя эта часть § 17 редактирована совер-

¹⁾ Löwen thal. Das Firmenrecht 1899, S. 63.

²⁾ Marx. Firmenrechtliche Grundbegriffe 1912. S. 127.

шенно общимъ образомъ, однако, она имѣетъ въ виду, главнымъ образомъ, единоличныя предпріятія, ибо для коллективныхъ фирмъ такое правило повторено въ другихъ параграфахъ того же уложенія—въ §§ 124 и 210 это прямо опредѣлено для полныхъ товариществъ и акціонерныхъ предпріятій, а въ §§ 161 и 320 выражено, что правила статей 124 и 210 распространяются на простыя и акціонерныя коммандиты. Одинаковъ по содержанию съ упомянутыми статьями уложенія § 13 закона о товариществахъ съ ограниченою отвѣтственностью.

Между правиломъ ст. 17 германскаго торговаго уложенія и прочими, перечисленными выше, статьями заключается, несмотря на идентичность употребленныхъ въ нихъ словъ, принципиальная разница по смыслу. Для коллективныхъ предпріятій право искать и отвѣчать подъ фирмою знаменуетъ самостоятельную и обособленную процессуальную правоспособность—это предоставление имъ права *d'ester en justice*. Для единоличныхъ предпріятій право искать и отвѣчать подъ фирмою представляетъ лишь нѣкоторое процессуальное удобство, возможность пользоваться своимъ торговымъ псевдонимомъ и въ сферѣ процессуальныхъ отношеній.

Въ отношеніи коллективныхъ предпріятій право искать и отвѣчать на судѣ подъ фирмою признано во Франціи (п. 6 § 69 устава гражд. судопр.) и въ Россіи (ст. 220 и 221 уст. гражд. судопр.), но иски единоличныхъ предпріятій и иски къ нимъ предъявляются отъ имени владѣльца и къ нему и лишь факультативно употребительно упоминаніе, на-ряду съ гражданскимъ именемъ, названія фирмы (просить такой то, торгующій подъ такую то фирмою, по дѣлу съ такимъ то, торгующимъ подъ такую то фирмою).

Объяснительная записка къ германскому торговому уложенію содержитъ развитіе и обоснованіе употребленнаго въ законѣ выраженія—искать и отвѣчать на судѣ. Означеннымъ допущеніемъ создается для торговаго оборота извѣстное удобство въ смыслѣ простоты и скорости опредѣленія процессуальнаго противника. Лица, имѣющія дѣло съ фирмою, часто не знаютъ имени и личности владѣльца предпріятія; разрѣшая имъ предъявлять иски къ фирмѣ законъ избавляетъ ихъ отъ необходимости наво-

дять справки о личности отвѣтчика, каковыя справки могутъ въ отдѣльныхъ случаяхъ потребовать затратъ и времени и денегъ. Но пользование фирмою въ процессѣ не дѣлаетъ изъ самой фирмы процессуальной стороны, ибо фирма есть ничто иное, какъ особое названіе таковой стороны ¹⁾).

Право искать и отвѣчать подъ фирмою принадлежить только тѣмъ, кто имѣетъ право на фирму, т. е. полноправнымъ купцамъ по терминологіи германскаго торговаго уложенія. Хотя законъ и не содержитъ никакой оговорки, но, само собою разумѣется, что рассматриваемое право относится только до процессовъ, имѣющихъ отношеніе къ промысловой дѣятельности истца и отвѣтчика. Самое правомочіе сводится къ разрѣшенію именовать истца и отвѣтчика однѣми фирмами, безъ указанія на владѣльцевъ или законныхъ представителей. Поэтому судъ не обязанъ и не вправе во время процесса, безъ особыхъ на то уважительныхъ основаній, требовать указаній фамилій владѣльцевъ единоличныхъ предпріятій или законныхъ представителей коллективныхъ. Только для исключительно личныхъ процессуальныхъ дѣйствій (напр., для принятія присяги) можетъ быть раскрытъ псевдонимъ, являющійся въ образѣ торгово-промышленной фирмы.

Фирма есть только особое имя процессуальной стороны, но не обладаетъ самостоятельною процессуальною легитимацией. Таковымъ является то лицо, которое въ качествѣ владѣльца или управомоченнаго пользоваться фирмою, вчинило искъ и отвѣчаетъ по немъ. Владѣніе фирмою въ моментъ возникновенія процессуальнаго отношенія рѣшаетъ вопросъ о томъ, кто является процессуальною стороною. Поэтому сила судебного рѣшенія и исполненіе по немъ не направляются непременно противъ владѣльца фирмы, ведущей процессъ, а противъ опредѣленнаго лица, выступившаго въ качествѣ истца или отвѣтчика подъ данною фирмою. Приговоръ суда, поясняетъ высшій прусскій трибуналъ (Kammergericht) въ рѣшеніи отъ 10 ноября 1911 г., за

¹⁾ Magden-Hahn Materialien zum Handelsgesetzbuch Berlin 1877. S. 214—215.

№ 140¹⁾), направлень не противъ дѣйствительнаго и фактическаго владѣльца фирмы въ моментъ его произнесенія, а противъ опредѣленнаго лица, которое правильно или неправильно, но, во всякомъ случаѣ, безъ опроверженія съ его стороны было (хотя и въ скрытой формѣ) указано въ качествѣ владѣльца фирмы.

Такого же мнѣнія, какъ и прусскій каммергерихтъ, держится по данному вопросу и имперскій судъ. Пслѣдній поясняетъ, что при обозначеніи сторонъ фирмою процессуальнымъ субъектомъ является лицо, которое ведетъ торговлю подъ этою фирмою и ею подписывается. Судъ до поры до времени не знаетъ, кто именно это лицо, но сторона, которая назвала своего противника фирмою, не приходится заботиться о томъ, какъ раскроетъ судъ фирменный псевдонимъ. Истцомъ или отвѣтчикомъ почитается тотъ, кто въ моментъ начала процесса подписывался данною фирмою²⁾.

Отсюда слѣдуетъ, что переходъ торговаго предпріятія въ теченіе процесса изъ рукъ въ руки съ переходомъ и права на фирму отъ стараго владѣльца къ новому не оказываетъ никакого вліянія на процессуальныхъ субъектовъ въ процессѣ, въ которомъ ищутъ и отвѣчаютъ подъ фирмою. Смѣна процессуальной стороны возможна только въ случаѣ цессіи процессуальнаго требованія или принятія на себя отвѣта или обязательства, вытекающаго изъ состоявшагося судебного рѣшенія по дѣлу.

Соотвѣтственно изложенному происходитъ измѣненіе процессуальной стороны истца или отвѣтчика въ случаѣ смерти первоначальнаго истца или отвѣтчика. Такимъ образомъ, одинаково возможны смѣна процессуальной стороны при сохраненіи процессуальнаго ея наименованія и обратно измѣненіе наименованія при сохраненіи тождества процессуальнаго субъекта.

III.

Въ предшествующей статьѣ былъ затронутъ вопросъ о правѣ изъ фирмы и разсмотрѣна сущность понятія пользованія или употребленія фирмы. Но исключительно

¹⁾ Leipzig'ger Zeitschrift 1912, № 5. S. 405.

²⁾ Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen 1903, Bd. 54, № 6, S. 14—19.

абсолютныя правомочія, къ числу каковыхъ относится и право изъ фирмы, слагаются не только изъ одного *jus utendi*, но еще и изъ *jus disponendi*. На этомъ послѣднемъ и надлежитъ теперь остановиться.

Jus disponendi—право распоряженія—предполагаетъ возможность для управомоченнаго распорядиться своимъ правомъ—частично или въ полномъ объемѣ, временно или безповоротно передать принадлежащія ему правомочія другому субъекту. Разсматривая примѣненіе «права распоряженія» по отношенію къ фирмѣ, нужно отмѣтить прежде всего двѣ стороны этого изслѣдованія. Фирма есть имя, которое слагается по опредѣленнымъ правиламъ и отражаетъ въ себѣ до извѣстной степени предпринимателя (личная фирма указываетъ на гражданское имя, прибавки на юридическую форму владѣнія предпріятіемъ) поэтому если мѣняется личность предпринимателя или фирма поступаетъ въ пользованіе другого лица, то такое явленіе можетъ получить отраженіе на сложеніи самой фирмы. Возникаетъ вопросъ, остается ли фирма неизмѣнной, или же претерпѣваетъ какія-либо модификаціи въ своемъ сложеніи. Судьба фирмы въ этомъ отношеніи опредѣляется болѣе или менѣе послѣдовательнымъ проведеніемъ и взаимнымъ сочетаніемъ двухъ основныхъ принциповъ истинности и постоянства фирмы ¹⁾. Но это лишь внѣшняя сторона разсматриваемаго явленія. Рядомъ съ нею существуетъ еще и внутренняя, которая сводится къ изслѣдованію тѣхъ условій, при которыхъ возможна и допустима временная или безповоротная передача фирмы. Здѣсь на первый планъ выступаетъ связь фирмы съ предпріятіемъ. Если фирма есть не только названіе предпріятія, но и нѣчто большее—воплощеніе его цѣлостности, то распоряженіе фирмою есть распоряженіе предпріятіемъ. А такъ какъ понятіе предпріятія является однимъ изъ сложнѣйшихъ, труднѣйшихъ и наименѣе разгаданныхъ въ своей юридической природѣ явленій, то анализъ правоотношеній, касающихся всего предпріятія, долженъ быть отнесенъ къ числу наиболѣе интересныхъ теоретическихъ проблемъ. По этому вопросу наукъ приходится идти навстрѣчу практикѣ—дать то руководящее начало, безъ котораго разрѣшеніе

¹⁾ См. главу вторую «Сложеніе фирмы».

конкретныхъ случаевъ сведется къ господству случайности и произвольнаго усмотрѣнія.

Sedes materiae заключается вотъ въ чемъ. Если распоряженіе фирмою неразрывно связано съ распоряженіемъ предпріятіемъ, то нужно опредѣлить, при какихъ условіяхъ, при какихъ обстоятельствахъ предпріятіе можетъ считаться перешедшимъ къ другому лицу, или переданнымъ ему во временное пользованіе. Возможна, конечно, и обратная постановка вопроса—когда передана фирма, что должно перейти вмѣстѣ съ тѣмъ на новаго субъекта фирменнаго права, чтобы самый переходъ фирмы былъ дѣйствителенъ съ юридической точки зрѣнія. И хотя указанныя формулы суть различныя постановки одной и той же проблемы, между ними есть и принципиальная разница. Какое изъ двухъ понятій въ актахъ сопутствующихъ измѣненій опредѣляющее и какое опредѣляемое—фирма или же предпріятіе?

По этому поводу не можетъ быть сомнѣній—основнымъ и опредѣляющимъ понятіемъ является предпріятіе. Распоряженіе предпріятіемъ возможно безъ одновременной передачи фирмы, но распоряженіе фирмою безъ соотвѣтственнаго распоряженія предпріятіемъ совершенно немыслимо.

Перемѣны, происходящія въ лицѣ предпринимателя—появленіе, напр., арендатора, пользовладѣльца, пожизненнаго владѣльца или новаго собственника, могутъ различно отражаться на самомъ предпріятіи. Иногда это послѣднее остается тѣмъ же, что было и раньше, а иногда измѣняется настолько, что превращается въ одинаковое, но индивидуально другое предпріятіе. Въ первомъ случаѣ предпріятіе продолжается, сохраняетъ, несмотря на перемѣны въ личномъ элементѣ, свое тождество. Если ходъ предпріятія не прерывался, оно оставалось самимъ собою, то сохраненіе фирмы (безъ прибавки или съ таковою) является естественнымъ ¹⁾.

Въ одномъ изъ самыхъ новѣйшихъ изслѣдованій о юридической природѣ предпріятія, принадлежащемъ перу

¹⁾ Изъ русскихъ коммерсалистовъ отчетливѣе всѣхъ говоритъ о понятіи тождества предпріятія при его переходѣ проф. *Цитовичъ*. Очерки по теоріи торговаго права, стр. 24—25.

австрійца Геллера, ¹⁾ проведена мысль, что наиболѣе существеннымъ элементомъ cadaго предпріятія является тотъ факторъ, который обусловливаетъ доходность, заработокъ предпріятія (Werbefaktor). По классификаціи упомянутого автора, такимъ факторомъ является личность предпринимателя, мѣстонахождение заведенія и самый предметъ предложенія, товаръ, каковыя факторы соотвѣтственно символизируются въ фирмѣ, вывѣскѣ и товарномъ знакѣ. Въ разныхъ предпріятіяхъ, въ зависимости отъ ихъ сущности, то тотъ, то другой, то третій факторъ обусловливаетъ заработокъ и прибыль всего торгово-промышленнаго дѣла. Сохраненіе этого «добыточнаго» фактора предпріятія знаменуетъ его тождество, показываетъ, что продолжается то же самое дѣло.

Приведенная теорія Геллера даетъ твердую почву, поскольку дѣло не касается предпріятій, гдѣ доминируетъ личность предпринимателя, находящая свое отраженіе въ фирмѣ. Дѣйствительно для всѣхъ прочихъ категорій предпріятій можно разсуждать такъ: если сохранился «добыточный» факторъ, то предпріятіе не утратило своего тождества, слѣдовательно, возможно сохраненіе и фирмы. Но тамъ, гдѣ фирма все, гдѣ въ ней одной сосредоточена вся экономическая цѣнность предпріятія, получается какъ бы заколдованный кругъ. Продолженіе фирмы знаменуетъ тождество предпріятія, а это послѣднее, въ свою очередь, является условіемъ сохраненія фирмы. Между тѣмъ нельзя отрицать, что подобные случаи въ жизни вполнѣ возможны. Строго говоря, въ такихъ случаяхъ переходъ фирмы недопустимъ, ибо предпріятіе, вся цѣнность котораго въ лицѣ предпринимателя, съ выходомъ этого послѣдняго изъ дѣла, въ сущности, прекращаетъ свое бытіе и передача фирмы сводится къ той передачѣ фирмы безъ предпріятія, которая ни въ одной странѣ не допустима.

Ригористическое проведеніе указаннаго принципа на практикѣ крайне затруднительно и создаетъ извѣстное неравенство въ положеніи различныхъ предпринимателей. Законъ съ такимъ неравенствомъ считаться не можетъ,

²⁾ Geller. Das Unternehmen. München. 1913.

а потому и долженъ по необходимости идти на компромиссъ. Выставляя принципъ—переходъ фирмы возможенъ не иначе какъ совмѣстно съ предпріятіемъ—законъ долженъ заранѣе мириться съ тѣмъ, что въ нѣкоторыхъ случаяхъ будетъ иначе, а именно—переходъ фирмы самъ собой окажется и переходомъ всего предпріятія. Особенно смущаться этимъ не приходится, ибо всякое общее правило въ большей или меньшей степени создаетъ въ отдѣльныхъ случаяхъ неудобное положеніе вещей и ведетъ къ несправедливымъ рѣшеніямъ; недаромъ еще римляне говорили *summum jus, summa injuria*.

Переходя отъ этихъ общихъ предпосылокъ къ законодательному матеріалу, необходимо остановиться прежде всего на германскомъ правѣ, затѣмъ разсмотрѣть постановку вопроса во Франціи и коснуться нашего дѣйствующаго права, въ связи съ законопроектами.

Австро-германское право выставляетъ слѣдующія предпосылки, наличность коихъ обязательна для передачи фирмы: 1) обѣ стороны какъ отчуждатель, такъ и пріобрѣтатель должны къ моменту перехода принадлежать къ категоріи *Vollkaufmann*, имѣть право и быть связанными обязанностью вести фирму; 2) съ фирмою должно перейти предпріятіе, къ которому она относится и 3) отчуждатель долженъ выразить согласіе на переходъ фирмы къ пріобрѣтателю предпріятія. Первое изъ перечисленныхъ условій выводится изъ всего содержанія торговыхъ уложений, второе и третье нашли себѣ выраженіе въ ст. ст. 22 и 23 обоихъ уложений. Переходъ фирмы требуетъ соблюденія всѣхъ трехъ условій—отсутствіе хотя бы одного влечетъ недѣйствительность передачи фирмы, т. е. дѣлаетъ пользованіе ею со стороны пріобрѣтателя неправомѣрнымъ. Во Франціи, равно какъ и въ Россіи, законъ вовсе не затрагиваетъ вопроса объ условіяхъ перехода фирмы. Руководяція въ этомъ отношеніи правила выработаны судебною практикою. Первое изъ указанныхъ выше условій австро-германскаго права получило нѣкоторое отраженіе во Франціи въ томъ смыслѣ, что передача торговаго имени (фирмы) допускается только между лицами, кои, согласно признакамъ, установленнымъ французскимъ *Code de Commerce*, могутъ быть признаны торгово-промышленными

дѣтелями (*qualité de commerçant*) ¹⁾. Для нашего права установленіе даже такого признака невозможно. Признакомъ профессиональнаго занятія торгово-промышленнымъ дѣломъ является у насъ выборка промысловыхъ свидѣтельствъ, а принадлежность, въ чисто сословномъ притомъ смыслѣ, къ купечеству устанавливается уплатою гильдейскихъ сборовъ.

Второе изъ предположеній австро-германскаго права—переходъ фирмы только съ предпріятіемъ—не безспорно съ точки зрѣнія доктрины французской судебной практики. Авторитетнѣйшій французскій писатель Пуллье полагаетъ, что торговое имя въ отношеніи перехода отъ одного лица къ другому вполне уподобляется товарному знаку, ибо само торговое имя есть не что иное, какъ особый видъ знака (*une sorte de marque nominale*). Переходъ же товарнаго знака мыслимъ, по мнѣнію того же Пуллье, какъ вмѣстѣ съ предпріятіемъ, до котораго онъ относится, такъ и безъ такового (*isolément ou avec le fonds de commerce, dont elle dépend et dont elle est l'accessoire*). Однако, изъ дальнѣйшаго изложенія видно, что Пуллье считаетъ переходъ знака безъ предпріятія явленіемъ ненормальнымъ и объ этомъ обстоятельствѣ въ договорѣ о переходѣ знака должна быть сдѣлана особая оговорка ²⁾.

Другой французскій авторъ—Удино ³⁾, опираясь на судебную практику, утверждаетъ, что передача фирмы безъ предпріятія мыслима только въ томъ случаѣ, если это предпріятіе прекращаетъ свое существованіе. Но даже и въ указанной гипотезѣ вопросъ споренъ, передачу же торговаго имени безъ предпріятія, которое послѣ передачи само по себѣ продолжается, Удино считаетъ совершенно недопустимымъ.

Русская научная литература всецѣло и единогласно раздѣляетъ нѣмецкую точку зрѣнія. Судебная практика

¹⁾ Code de Com. art. 1 Sont commerçants ceux, qui exercent des actes de commerce et en font leur profession habituelle.

²⁾ Pouillet. Traité des marques de fabrique et de la concurrence déloyale. Paris 1912, § 172 и 748.

³⁾ M. Oudinet. De la transmission de la firme. Annales de droit commercial, 1912, page 363.

какъ будто бы прямо не высказывалась по этому вопросу.

Что касается далѣе согласія прежняго владѣльца фирмы на передачу ея совмѣстно съ переходомъ предпріятія, то французская практика признаетъ необходимость означеннаго условія, но въ нѣсколько иной, чѣмъ на почвѣ германскаго права, формѣ. Въ Германіи и Австріи требуется положительное согласіе на переходъ фирмы, во Франціи достаточно отсутствія прямого запрещенія со стороны прежняго владѣльца. Нашъ сенатъ неоднократно указывалъ, что распоряженіе фирмою должно быть предметомъ договора. А такъ какъ договоръ предполагаетъ неперемѣнное соглашеніе двухъ волей, то ясно, что переходъ фирмы возможенъ не иначе, какъ съ положительнаго о томъ согласія прежняго управомоченнаго на фирму лица.

Прежде, чѣмъ обратиться къ ближайшему анализу перечисленныхъ условій передачи фирмы, нужно для полноты картины упомянуть, во-первыхъ, о томъ, въ какихъ предѣлахъ разумѣется здѣсь распоряженіе фирмою, и, во-вторыхъ, съ какими юридическими послѣдствіями оно сопряжено. Нѣмецкій законъ прямо упоминаетъ о распространеніи приведенныхъ выше условій на случаи временнаго перехода фирмы на основаніи разныхъ договоровъ, напр., аренды, залога, пользовладѣнія (§ 22 абз. 2). Далѣе тотъ же законъ (§ 25) связываетъ съ переходомъ фирмы и перенесеніе отвѣтственности по долгамъ предпріятія на новаго владѣльца фирмы. Правило, изложенное въ упомянутой выше ст. 22 абз. 2 германскаго закона, нашло себѣ примѣненіе повсемѣстно. Того же нельзя сказать про норму, предусмотрѣнную ст. 25 германскаго торговаго уложенія. Не всюду переходъ фирмы сопряженъ съ отвѣтственностью по долгамъ предпріятія и этотъ вопросъ долженъ въ дальнѣйшемъ составить предметъ особаго разсмотрѣнія.

Какъ видно изъ вышеизложеннаго, въ отношеніи круга тѣхъ лицъ, въ средѣ которыхъ можетъ происходить переходъ фирмы, между германскимъ правомъ и русскою бытовою дѣйствительностью существуетъ замѣтная разница. Въ Германіи сдѣлки о правѣ на фирму ограничены кругомъ «полныхъ купцовъ», въ Россіи,

участниками такихъ же сдѣлокъ могутъ быть всѣ тѣ, кому вообще закономъ не возбранено вступать въ договоры. Но, тѣмъ не менѣе, разсмотрѣніе установленнаго въ Германіи ограниченія по лицамъ участниковъ сдѣлокъ относительно права на фирму, для насъ практически весьма интересно, ибо всѣми русскими проектами о фирмѣ, намѣчается подобный же порядокъ и для Россіи.

Исходя изъ начала, что никто не можетъ передать другому лицу больше правъ, чѣмъ самъ имѣетъ (*non plus jura transferre potest, quam ipse habet*), германская практика почитаетъ необходимымъ, чтобы къ моменту передачи фирмы тотъ, кто ее до сего велъ, былъ бы полнымъ купцомъ (*Vollkaufmann*). Не обладающій правомъ на фирму (*Minderkaufmann*), не можетъ передать того, чего самъ не имѣетъ, а потому, если пріобрѣтатель сталъ полнымъ купцомъ, онъ все же не можетъ продолжать переданной ему фирмы, а обязанъ избрать и зарегистрировать для себя новую фирму, разумѣется, соотвѣтственно правиламъ, установленнымъ для сложеныя первоначальныхъ фирмъ.

Требуя отъ отчуждателя фирмы права вести такую къ моменту ея передачи, германская практика неуклонно придерживается этого правила и въ тѣхъ случаяхъ, когда по обстоятельствамъ даннаго дѣла могло казаться, что отчуждатель имѣлъ право на фирму, чего въ дѣйствительности, однако, не было, т. е., другими словами, когда обладатель фирмы имѣлъ лишь фиктивное, кажущееся право вести фирму (*Scheinfirma*). Такое положеніе вещей можетъ имѣть мѣсто при ошибочныхъ занесеніяхъ въ торговый реестръ. Поэтому полные купцы «въ силу занесенія въ торговый реестръ» ¹⁾, если такое занесеніе неправильно по существу, не могутъ передать фирмы другому лицу, ибо, какъ пояснилъ имперскій верховный судъ ²⁾ «право на продолженіе фирмы не стоитъ въ зависимости отъ факта ея занесенія въ торговый реестръ. Фирма не пріобрѣтается и не продолжается вслѣдствіе ошибочнаго ея занесенія».

¹⁾ Подп. см. sub. I.

²⁾ Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen Bd. 65 S. 16.

Вторымъ условіемъ, всецѣло относящимся къ личности отчуждателя фирмы, является его согласіе на продолженіе фирмы. Въ то время какъ германскій законъ въ отношеніи такого согласія употребляетъ предикатъ *ausdrücklich* явно, или *unzweideutig*—безъ сомнѣнія, какъ поясняетъ приведенное выраженіе закона имперскій судъ во Франціи, какъ уже выше упомянуто, достаточно отсутствія запрещенія продолжать фирму. Если такого молчаливаго допущенія продолженія фирмы и недостаточно въ Германіи, то это еще не значитъ, что явное и несомнѣнное согласіе должно быть непременно дано *expressis verbis*. Всякое конклюдентное дѣйствіе для этого вполне достаточно, лишь бы оно явнымъ и недопускающимъ сомнѣнія образомъ удостовѣряло волю, согласіе отчуждателя на продолженіе прежней фирмы. На практикѣ, конечно, преобладаетъ согласіе въ письменной формѣ. Последнее тѣмъ болѣе удобно, что, въ силу § 12 германскаго торговаго уложенія, правопреемники обязаны доказывать реестровому суду наличность правопреемства. Впрочемъ, въ случаѣ устнаго согласія на продолженіе фирмы, новый приобретатель можетъ потребовать отъ прежняго собственника необходимаго содѣйствія при зарегистрированіи на свое имя прежней фирмы.

Согласіе на продолженіе фирмы должно по времени совпадать съ переходомъ предпріятія. Если такое совпаденіе и не слѣдуетъ понимать слишкомъ буквально, требуя совершенія всѣхъ формальностей *uno actu*, тѣмъ не менѣе между этими фактами—изъявленіемъ согласія на продолженіе фирмы и переходомъ самого предпріятія—должна существовать такая послѣдовательность, при которой можно было бы признать, что предпріятіе не прекратилось, а продолжаетъ свое существованіе.

Разъ выраженное согласіе—безповоротно, и дѣйствіе его не ограничивается какимъ-либо срокомъ. Прежняя французская практика считала возможнымъ продолженіе фирмы на срокъ пока кліентелла привыкнетъ къ новому владѣльцу предпріятія, и тогда согласіе отчуждателя могло быть срочнымъ, впредь до взятія его обратно. Современная практика отъ этого отказалась. Въ одномъ изъ рѣшеній германскаго имперскаго суда ра-

зобранъ случай, когда фирмовладѣлецъ, выразивъ согласіе на продолженіе фирмы, затѣмъ раздумалъ, и, пользуясь тѣмъ, что пріобрѣтатель не успѣлъ еще зарегистрировать фирму на свое имя, уничтожилъ занесеніе (погасилъ) переданной другому лицу фирмы.

Судъ призналъ, что согласіе на передачу фирмы безповоротно и потому лишало фирмовладѣльца права дальнѣйшаго распоряженія фирмою. Поэтому погашеніе имъ фирмы не мѣшаетъ продолженію таковой со стороны пріобрѣтателя, а не влечетъ за собой, какъ то полагали низшія судебныя инстанціи, только возмѣщенія причиненныхъ такимъ погашеніемъ фирмы убытковъ ¹⁾.

Съ другой стороны, германская практика допускаетъ однако нѣкоторые ограниченія въ выраженіи самого согласія на продолженіе фирмы, напр., въ одномъ изъ своихъ рѣшеній имперскій судъ призналъ вполнѣ допустимымъ запрещеніе покупателю предпріятія съ фирмою передавать кому бы то ни было право на эту фирму, за исключеніемъ наслѣдниковъ. По мнѣнію суда, въ этомъ случаѣ право на фирму погашается съ момента перехода предпріятія, для котораго ведется эта фирма отъ даннаго пріобрѣтателя или его наслѣдниковъ къ постороннему лицу ²⁾.

По закону согласіе выражается или самимъ фирмовладѣльцемъ или, въ случаѣ его смерти, наслѣдниками. Что касается случаевъ, когда разрѣшеніе дается самимъ фирмовладѣльцамъ, то вопросъ о томъ, кѣмъ именно дается подобное согласіе, не можетъ возникнуть относительно единоличныхъ предпріятій. Въ товариществахъ индивидуалистическаго типа—полномъ и на вѣрѣ—необходимо согласіе въ первомъ случаѣ всѣхъ, во второмъ—всѣхъ полныхъ товарищей (герм. торг. улож. § 116 Abs. 2, § 164). Для акціонернаго общества нужно постановленіе общаго собранія акціонеровъ, въ которомъ было представлено ³/₄ акціонернаго капитала (герм. торг. улож. § 303).

¹⁾ Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen. 1907 Bd. 65 № 4.

²⁾ Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen. 1911 Bd. 76 № 68.

Если всѣ наслѣдники совмѣстно продолжаютъ торговое предпріятіе, то для продолженія фирмы не требуется согласія наслѣдодателя. Если всѣ наслѣдники отчуждаютъ предпріятіе третьему лицу, необходимо согласіе всѣхъ сонаслѣдниковъ на продолженіе фирмы. При продолженіи предпріятія однимъ или частью сонаслѣдниковъ нужно согласіе на продолженіе фирмы всѣхъ остальныхъ сонаслѣдниковъ. Въ только что перечисленныхъ случаяхъ протестъ, хотя бы одного сонаслѣдника при согласіи другихъ, дѣлаетъ невозможнымъ продолженіе фирмы. Впрочемъ, если наслѣдодатель кому-либо завѣщаль предпріятіе съ фирмою, то воля наслѣдодателя дѣлаетъ излишнимъ согласіе прочихъ сонаслѣдниковъ, хотя бы они носили фамилію, одинаковую съ употребленною въ сложеніи фирмы.

IV.

Третьимъ и самымъ главнымъ условіемъ распоряженія фирмою является переходъ, совмѣстно съ фирмою, того торгово-промышленнаго предпріятія, для котораго эта фирма ведется.

Такимъ образомъ, прежде всего необходима наличность торгово-промышленнаго предпріятія. Другими словами, къ моменту совершенія акта распоряженія фирмою предпріятіе должно уже существовать и еще не прекратиться. Съ формальной стороны предпріятіе существуетъ въ періодъ времени, протекающій между двумя заявками о возникновеніи и прекращеніи фирмы, а потому, казалось бы, можно было считать, что, поскольку фирма занесена въ реестръ и не погашена, предпріятіе должно быть признано существующимъ. Подобное правило не было бы вѣрно въ отношеніи всѣхъ предпріятій, ибо только для предпріятій коллективныхъ законъ оговариваетъ въ качествѣ начального момента ихъ существованія занесеніе въ реестръ, предпріятіе же единоличное, подходящее подъ одну изъ категорій, перечисленныхъ въ § 1 германскаго торговаго уложенія, можетъ существовать какъ таковое и до момента занесенія въ торговый реестръ. Но даже самый фактъ занесенія фирмы въ реестръ не является рѣшающимъ для признанія предпріятія настолько прочно существующимъ, чтобы оно

было способно быть переданнымъ, совмѣстно съ фирмою, другому лицу. Нѣмецкіе писатели опасаются, что счастливые обладатели извѣстныхъ въ торгово-промышленномъ мірѣ именъ будутъ создавать какое-либо подобіе предпріятія, заноситься въ реестръ, а затѣмъ передавать это фиктивное дѣло вмѣстѣ съ фирмою лицамъ, желающимъ такимъ путемъ пріобрѣсти выгодную производную фирму. Основываясь поэтому на намѣреніи законодателя допустить переходъ только такихъ фирмъ, которыя успѣли уже завоевать нѣкоторую извѣстность, а тѣмъ сами по себѣ пріобрѣсти какую-либо цѣнность, нѣмецкіе авторы полагаютъ, что считать только что возникшее и занесенное въ реестръ предпріятіе существующимъ, значить, грѣшить противъ правды, противъ силы фактовъ дѣйствительности. Сколько времени должно просуществовать предпріятіе, чтобы фирма его стала предметомъ передачи, есть, конечно, *quaestio facti*, но во всякомъ случаѣ до передачи оно должно имѣть серьезное бытіе, насчитывать за собой нѣкоторый большій или меньшій періодъ профессиональной дѣятельности ¹⁾.

Погашеніе фирмы можетъ, конечно, совпасть съ моментомъ прекращенія дѣятельности торгово-промышленнаго предпріятія, но одинаково можетъ за нимъ слѣдовать по прошествіи большаго или меньшаго промежутка времени. Такимъ образомъ мыслимо, что въ реестръ будетъ числиться фирма предпріятія, которое фактически уже прекратило свое существованіе. Это видно уже изъ того, что законъ (§ 31 герм. торг. уложенія) предусматриваетъ погашеніе фирмы *ex officio* реестровымъ судьей, когда заинтересованныя лица упустили сдѣлать это сами. Очевидно, что при погашеніи *ex officio* таковой актъ будетъ имѣть мѣсто значительно позднѣе фактическаго прекращенія предпріятія.

Изъ изложеннаго ясно, что, выставляя требованіе существованія предпріятія къ моменту перехода фирмы,

¹⁾ *Marx Firmenrechtliche Grundbegriffe*, München 1912. S. 140—141. *Fürst, Die Fortführung der Firma*. Strassburg. 1897. S. 58—59. Интересно отмѣтить, что и французская практика считаетъ возможной передачу только такого предпріятія, которое уже имѣетъ за собой серьезное существованіе и установившуюся кліентеллу.

нельзя руководствоваться однимъ лишь фактомъ непогашенія занесенной въ реестръ фирмы, а необходимо изслѣдовать, дѣйствительно ли къ данному времени предпріятіе не прекратилось. Такимъ образомъ, нужно отыскать какіе-либо не формальные, а матеріально правовые критеріи.

Но если погашеніе фирмы завершаетъ процессъ умиранія торгово-промышленнаго предпріятія, то, съ другой стороны, одно только прекращеніе профессионально-промысловой дѣятельности не сводитъ сразу предпріятія на нѣтъ. По мнѣнію имперскаго суда, поддержанному Штаубомъ, предпріятіе не прекратилось пока не разрушены основы для продолженія дѣла, когда, если примѣнить сюда терминологию Геллера, еще на-лицо способность предпріятія къ оказанію промысловыхъ услугъ.

Нѣмецкіе юристы останавливаются съ особымъ вниманіемъ на вопросѣ о томъ, можетъ ли подлежать передачѣ съ фирмою предпріятіе, вступившее въ стадію ликвидаціи или конкурса. Находя, что и при этихъ особыхъ обстоятельствахъ предпріятіе, какъ таковое, еще существуетъ, наши западные сосѣди рѣшаютъ вопросъ о передачѣ такого предпріятія, вмѣстѣ съ его фирмою, въ утвердительномъ смыслѣ. И при ликвидаціи и при конкурсѣ продолжается, хотя и съ нѣкоторымъ своеобразнымъ оттѣнкомъ, прежняя профессионально-промысловая дѣятельность предпріятія. Самыя помѣтки въ торговомъ реестрѣ о началѣ и концѣ ликвидаціи и конкурса показываютъ, что предпріятіе не прекращается, и фирма не погашается. Прибавка же къ фирмѣ «въ ликвидаціи» не измѣняетъ нисколько первоначальной фирмы и, будучи только указаніемъ на опредѣленное правовое состояніе торгово-промышленнаго предпріятія и не являясь фирменною прибавкою въ техническомъ смыслѣ этого слова, отпадаетъ въ случаѣ перехода ликвидируемаго предпріятія, вмѣстѣ съ фирмою, въ другія руки.

Итакъ, необходима наличность перехода существующаго предпріятія. Разсматривая понятіе перехода предпріятія, слѣдуетъ остановиться прежде всего на тѣхъ элементахъ, изъ коихъ означенное понятіе складывается. Въ этомъ отношеніи имѣютъ значеніе: а) юридическое

основаніе (титулъ) перехода, б) объёмъ того, что должно переходить отъ одного лица къ другому и в) самая форма перехода.

Отраженіе правоотношеній на фактической судьбѣ объекта юридическихъ отношеній зависитъ отъ природы вещей-объектовъ. Напр., установленіе закладного права различнымъ образомъ отражается на объектѣ такового, въ зависимости отъ того, является ли онъ движимымъ или же недвижимымъ имуществомъ. Поэтому для того, чтобы установить, когда имѣетъ мѣсто переходъ предпріятія, нужно рассмотреть, какова природа предпріятія, какъ объекта юридическихъ отношеній. Въ связи съ этимъ станетъ ясно, какія правоотношенія вызываетъ фактической переходъ предпріятія въ его цѣломъ, а слѣдовательно, при наличности какихъ правоотношеній возможно перенесеніе съ одного лица на другое и права на фирму.

Хотя по современному праву торгово-промышленное предпріятіе ни *universitas juris*, ни даже *universitas facti*, тѣмъ не менѣ всѣ законодательства признаютъ тотъ сложный конгломератъ разнообразнѣйшихъ элементовъ, который называется предпріятіемъ, за особый и самостоятельный отъ составляющихъ его частей объектъ правоотношеній.

Такъ, германское торговое уложеніе въ ст.ст. и 22 25 говоритъ о приобрѣтеніи по сдѣлкамъ между живыми и по наслѣдству предпріятія (*Handelsgeschäft*), а также объ арендѣ, пользованіи и другихъ подобныхъ сдѣлкахъ въ отношеніи предпріятія, какъ цѣлаго. Венгерскій законъ 28 декабря 1908 года предусматриваетъ приобрѣтеніе предпріятія, какъ такового, по договору. Новый французскій законъ 17 марта 1909 г. прямо даже озаглавленъ «о продажѣ и залогѣ торговыхъ предпріятій».

Нельзя сказать, чтобы понятіе предпріятія, какъ особаго объекта сдѣлокъ, было совершенно чуждо и нашему законодательству.

Такъ, приложение къ ст. 1238 зак. гражд. упоминаетъ о переходѣ торговаго предпріятія по наслѣдству (особенно ст.ст. 13, 14, 15 и 17). Далѣе ст. 161¹⁶ уст. о пром. предусматриваетъ «отчужденіе или отдачу въ

аренду промышленнаго или торговаго предпріятія». О такой же возможности говорить и фискальный законъ — положеніе о государственномъ промысловомъ налогѣ (уст. о прям. нал. ст. 438). По законамъ гражданскимъ фабрики, заводы и лавки отнесены къ категоріи нераздѣльныхъ имуществъ (ст. 394 св. зак. т. X, ч. I), и допускается залогъ въ цѣломъ заводовъ, фабрикъ, мануфактуръ и лавокъ (тамъ же ст. 1633). Наконецъ, въ настоящее время на разсмотрѣніи законодательныхъ учрежденій находится проектъ закона о переходѣ торгово-промышленныхъ предпріятій, имѣющихъ въ виду отчужденіе предпріятій по договорамъ.

Такимъ образомъ, предпріятіе является объектомъ различныхъ сдѣлокъ. Въ частности, необходимо остановиться на вопросѣ о томъ, сопряжены ли сдѣлки о временномъ предоставленіи распоряженія предпріятіемъ съ переходомъ этого послѣдняго.

Еще въ 1898 году французскій законъ сдѣлалъ первую попытку установить залогъ предпріятія, какъ цѣлаго, на манеръ залога недвижимаго имущества, т. е. съ оставленіемъ въ распоряженіи должника и съ отмѣткою о залоговомъ правѣ кредитора въ особомъ реестрѣ. Эта попытка получила полную законченность въ ст.ст. 8—12 новаго французскаго закона по тому же предмету отъ 17 марта 1909 г. Такимъ образомъ, во Франціи, залогъ предпріятія не влечетъ за собой перехода такового отъ должника къ кредитору и переходъ можетъ имѣть мѣсто лишь въ случаѣ экзекуціонной продажи заложеннаго предпріятія.

Совершенно иначе понимаютъ залогъ предпріятія въ Германіи. Въ этой странѣ залогъ предпріятія приближаютъ къ арендѣ и пользовладѣнію предпріятіемъ, ибо всѣ эти правоотношенія выражаются внѣшнимъ образомъ двумя переходами предпріятія—отъ сдающаго предпріятіе въ аренду, въ пользовладѣніе въ залогъ къ арендатору, пользовладѣтелю и кредитору и вторымъ переходомъ въ обратномъ направленіи. Такой знатокъ дѣла, какъ Руд. Исей, излагаетъ правоотношенія, возникающія по арендѣ, пользовладѣнію и залогоу предпріятія совмѣстно, ибо, по его убѣжденію, между этими тремя правоотношеніями въ примѣненіи ихъ къ предпріятію,

нѣтъ никакой существенной разницы. Всѣ они слагаются одинаково изъ трехъ послѣдовательныхъ этаповъ: перваго—перехода предпріятія, втораго—управленія и распоряженія имъ временно уполномоченнымъ (арендаторомъ, пользователемъ и залоговымъ кредиторомъ и третьяго—обратнаго перехода ¹⁾).

Совершенно въ такомъ же смыслѣ понимаютъ залогъ предпріятія Ольсхаузенъ и Марксъ, которые исходятъ изъ того, что если возможно установленіе залога на вещи и на права въ отдѣльности, то не воспрещенъ и залогъ конгломерата тѣхъ и другихъ, т. е. предпріятія. Марксъ придаетъ залогу предпріятія антихретическій характеръ: въ его представленіи предпріятіе передается кредитору на время, нужное для того, чтобы изъ доходовъ отъ торгово-промышленнаго дѣла покрыть требованіе кредитора къ должнику. Послѣ того, какъ это уже случилось, дальнѣйшее оставленіе предпріятія въ рукахъ кредитора безцѣльно, и необходима обратная передача предпріятія ²⁾.

Интересно попутно отмѣтить, что модный въ настоящее время въ Германіи вопросъ о Sicherungsübereignung, т. е. продажа предпріятія кредитору, но съ оставленіемъ въ распоряженіи и владѣніи должника и съ правомъ обратнаго выкупа послѣ погашенія лежащаго на должникѣ обязательства, не встрѣтилъ сочувствія въ торгово-промышленныхъ кругахъ, которые усматриваютъ въ комбинаціи подобныхъ сдѣлокъ большую опасность отъ создаваемой этими манипуляціями благодарной почвы для всякаго рода неблаговиднаго гешефтмахерства ³⁾.

Австрійскіе писатели проявляютъ весьма характерное отрицательное отношеніе къ самой возможности заклада предпріятія. Такъ, напр., думаетъ Писко ⁴⁾, а Геллеръ ⁵⁾

¹⁾ Rud. Isay. Das Recht am Unternehmen. Berlin. 1910. S. 140, 141, 143, 158 и дрыя.

²⁾ Olshausen. Das Verhältniss des Namenrechts zum Firmenrecht s. 60, Marx, op. cit s. 210—211.

³⁾ Подробности см. въ статьѣ проф. В. Удинцева—Оставленіе заклада въ пользованіи должника, «Вѣстникъ Финансовъ» 1913 г. № 41.

⁴⁾ Pisko, Das Unternehmen, Wien 1907. S. 57.

⁵⁾ Geller, Das Unternehmen, VII, s. 132 «Die Execution auf Unternehmungen ein gesetzgeberisches Abenteuer».

называет самую идею экзекуции надъ такимъ объектомъ, какъ предпріятіе, «законодательною авантюрою».

Обращаясь къ Россіи, необходимо отмѣтить, что залогъ предпріятія нашему праву въ сущности совершенно неизвѣстенъ. По мнѣнію проф. Шершеневича, у насъ возможенъ лишь залогъ помѣщенія торговаго или промышленнаго предпріятія, если таковое принадлежитъ должнику на правѣ собственности и залогъ магазина, лавки въ смыслѣ совокупности имѣющагося въ немъ товарнаго запаса. Но этотъ залогъ уступаетъ закладу отдѣльныхъ вещей, составляющихъ заложенный товарный складъ или магазинъ¹⁾.

За послѣднее время появился законопроектъ о переходѣ торгово-промышленныхъ предпріятій. Изъ правилъ означеннаго проекта и объяснительной къ нему записки усматривается, что проектъ имѣетъ въ виду переходъ предпріятія, вызванный отчужденіемъ торгово-промышленнаго предпріятія. Вопросъ о залогѣ остается, такимъ образомъ, и по превращеніи указаннаго законопроекта въ законъ, совершенно невыясненнымъ и долженъ быть рѣшаемъ, повидимому, въ отрицательномъ смыслѣ.

Все предыдущее изслѣдованіе относительно залога предпріятія, а также болѣе краткія упоминанія о другихъ сдѣлкахъ, имѣющихъ своимъ объектомъ торгово-промышленное предпріятіе, какъ цѣлое, служатъ указаніемъ на то, что фактъ перехода предпріятія можетъ имѣть своимъ основаніемъ различныя юридическіе титулы, но отъ этого не измѣняется рѣшительно ничѣмъ самый переходъ предпріятія. Поэтому при дальнѣйшемъ разсмотрѣніи самого перехода предпріятія вопросъ о томъ, по какому основанію этотъ переходъ происходитъ, не долженъ обращать на себя вниманія. Судьба фирменнаго права неразрывно связана съ судьбою предпріятія, названіемъ котораго является данная фирма. Поэтому, поскольку та или другая сдѣлка приводитъ къ переходу предпріятія, возможно распоряженіе и правомъ на фирму. Этотъ критерій является наиболѣе

¹⁾ Проф. Шершеневичъ. Курсъ торговаго права т. I стр. 178.

надежнымъ для рѣшенія вопроса, объектомъ какихъ, именно, правоотношеній является фирменное право.

Самый переходъ предпріятія выражается во внѣ исполненіемъ тѣхъ формальностей, кои для этого установлены, а по существу сводится къ переходу отъ одного лица въ распоряженіе другого составныхъ частей предпріятія. Возникаетъ вопросъ, какіе элементы предпріятія должны перейти, каковъ вполнѣ конкретный объемъ понятія перехода предпріятія. Соотношеніе между формою и объемомъ перехода предпріятія двояко, — если закономъ установлена опредѣленная форма, то исполненіе таковыхъ формальностей презумируетъ наличность перехода предпріятія, пока противное не доказано, т. е. пока не установлено, что форма не соотвѣтствуетъ содержанію. Поэтому для распознанія огромнаго большинства случаевъ перехода предпріятія наличность исполненія опредѣленныхъ формальностей служитъ вѣрнымъ признакомъ. Но если для перехода предпріятія опредѣленной формы не установлено, то вопросъ объ объемѣ перехода стоитъ, такъ сказать, совершенно самостоятельно и лишень какихъ бы то ни было внѣшнихъ признаковъ. Въ различныхъ законодательствахъ установлены разныя основанія перехода предпріятій по опредѣленной формѣ или безформенно.

Наиболѣе опредѣленное соотношеніе между формою и объемомъ перехода предпріятія установлено по французскому закону 17 марта 1909 года. Передача предпріятія требуетъ непременно спеціальнаго письменнаго акта, совершаемаго нотаріальнымъ или домашнимъ порядкомъ, причемъ въ послѣднемъ случаѣ необходимо, чтобы этотъ актъ былъ надлежаще удостовѣренъ. Засимъ, означенный актъ долженъ быть занесенъ въ особый реестръ, ведущійся въ канцеляріи коммерческаго суда того округа, въ которомъ находится предпріятіе. Извлеченіе изъ зарегистрированнаго акта должно быть оглашено въ видѣ троекратной публикаціи въ указанныхъ закономъ, официальныхъ органахъ печати.

Уже исполненіе всѣхъ этихъ формальностей указываетъ, что налицо имѣется переходъ предпріятія. Но законъ идетъ еще дальше и перечисляетъ *expressis verbis* всѣ тѣ элементы, кои должны составить въ своей

совокупности переходъ торгово-промышленнаго предприятия. Эти указанія закона имѣютъ условно обязательное значеніе, ибо объемъ перехода, прежде всего, опредѣляется соглашеніемъ заинтересованныхъ сторонъ, и лишь при отсутствіи такового, становятся обязательными указанія закона.

Элементы предприятия можно свести къ трехчленной классификаціи: права, обзаведеніе и товары. Первая изъ перечисленныхъ группъ относится къ категоріи такъ называемыхъ безтѣлесныхъ движимыхъ вещей (*bien meuble incorporel*) и обнимаетъ собой право на вывѣску, фирму, аренду торговаго помѣщенія, кліентеллу (*achalandage*), торговую агентуру, патенты, товарные знаки, модели, права художественной и литературной собственности и т. д. Обстановку предприятия составляютъ не только магазинная и конторская мебель, но и торговые книги, корреспонденція и т. п. предметы оборудованія торгово-промышленнаго дѣла. Наконецъ, третью группу образуютъ товары, т. е. такой элементъ, который бываетъ въ наличности далеко не у всѣхъ видовъ торгово-промышленныхъ предприятий¹⁾. Наоборотъ, большинство государствъ—Германія, Австрія, Венгрія, Англія и Швейцарія—не знаетъ особой формы для перехода предприятия. Германское гражданское уложеніе предусматриваетъ судебную или нотаріальную форму для тѣхъ договоровъ, кои имѣютъ своимъ предметомъ все имущество одной изъ сторонъ или часть такового (BGB § 311). Среди нѣмецкихъ юристовъ возникалъ, но былъ рѣшенъ отрицательно, вопросъ о томъ, не должны ли подходить договоры о переходѣ предприятий подъ категоріи тѣхъ, кои упоминаются въ ст. 311 германскаго гражданского уложенія. По мнѣнію Штауба, ст. 311 имѣетъ въ виду случаи т. н. предвареннаго наслѣдства, и особая форма установлена для того, чтобы заставить отчуждающаго внимательнѣе отнестись къ совершаемой сдѣлкѣ, выяснить точно тотъ имущественный комплексъ, который является предметомъ договора. Такія соображенія не

¹⁾ Подр. о французскомъ законѣ см. въ статьѣ Дуссана.— Къ вопросу объ отчужденіи торговаго предприятия. Вѣстникъ Финансовъ. 1913 г. № 28.

могутъ имѣть значенія въ отношеніи предпріятія, ибо комплексъ его представляетъ опредѣленную величину, устанавливаемую по книгамъ и инвентарнымъ спискамъ, а потому нѣтъ и той опасности, которую старается предотвратить упомянутый § 311 BGB. Вслѣдствіе сего переходъ предпріятія сопряженъ съ необходимостью соблюденія какой-либо формы только въ томъ случаѣ, если въ составѣ передаваемого имущества есть недвижимость, или если то правоотношеніе, которое составляетъ титулъ передачи предпріятія, требуетъ исполненія какихъ-либо формальностей¹⁾ (напр. при переходѣ по завѣщанію, въ силу дотального договора и т. д.). Отчуждатель обязанъ перенести возможность владѣнія и распоряженія предпріятіемъ на пріобрѣтателя, а для этого онъ долженъ это продѣлать въ отношеніи всѣхъ отдѣльныхъ составныхъ частей цѣлаго, руководствуясь ихъ природой (напримѣръ, различны способы передачи земельного участка, фабричнаго зданія, наличнаго товара, товара плывущаго или лежащаго на складѣ, права на патентъ, требованій по векселямъ и другимъ документамъ и т. п.). Переходъ предпріятія превращается въ совокупность отдѣльныхъ договоровъ, построенныхъ по типу безымянныхъ договоровъ римскаго права и притомъ изъ категоріи не только *do ut des*, но и *do ut facias*²⁾ и даже *non facias*³⁾. Такимъ образомъ, какъ въ Германіи, такъ и въ другихъ, перечисленныхъ выше государствахъ, переходъ предпріятія не отражаетъ специфически внѣшнимъ способомъ самою, присущей переходу, форму. Поэтому здѣсь не приходится отъ формы дѣлать заключеніе о содержаніи самаго акта, и рѣшеніе вопроса о томъ, когда имѣетъ мѣсто переходъ предпріятія, и какіе элементы должны для этого перейти отъ одного субъекта къ другому, представляетъ извѣстныя и притомъ немалыя трудности.

Самый простой случай—переходъ всего актива и пассива предпріятія. Но это лишь максимальный объ-

¹⁾ Staub. Kommertar § 22 Aunm. 20. Isay op. cit, S. 145, 146. Marx, op. cit, S. 170—174.

²⁾ Marx. op. cit. S. 181.

³⁾ Переносъ кліентеллы часто сводится къ неконкуренціи со стороны прежняго собственника предпріятія.

емъ переходящаго предпріятія. Послѣднее можетъ считаться перешедшимъ отъ одного субъекта къ другому и въ томъ случаѣ, если не всѣ элементы предпріятія фактически перешли. Первымъ критеріемъ въ этомъ отношеніи является договоръ. Но полной свободы договора въ этомъ направленіи предоставлено быть не можетъ, ибо это иногда приводило бы къ передачѣ фирмы въ чистомъ видѣ безъ предпріятія. Предоставляя соглашенію сторонъ подробности, слѣдуетъ, однако, имѣть въ виду какой-либо критерій для распознаванія договоровъ о дѣйствительной передачѣ предпріятій отъ таковыхъ же договоровъ только по имени, т. е. такихъ, кои по существу своему не являются соглашениями о переходѣ предпріятія. Означенный критерій нуженъ и для тѣхъ, сравнительно немногочисленныхъ, случаевъ, когда, при отсутствіи соглашения, переходъ предпріятія фактически не захватилъ всѣхъ его составныхъ частей ¹⁾.

Любопытно отмѣтить, что именно эта мысль получила прямое выраженіе въ венгерскомъ законѣ 20 декабря 1908 года. Въ тѣхъ случаяхъ, когда имущество предпріятія не перешло полностью, а также и пассивъ не былъ цѣликомъ переведенъ на пріобрѣтателя, вопросъ о томъ, имѣлъ ли мѣсто переходъ предпріятія, рѣшаетъ соглашеніе заинтересованныхъ сторонъ, а при отсутствіи такового—судъ по совокупнымъ обстоятельствамъ даннаго случая (венг. зак. § 3). Но и судъ въ такихъ дѣлахъ нуждается въ какомъ-либо указаніи, а потому естественно стремленіе науки намѣтить тотъ критерій, о которомъ выше была рѣчь.

¹⁾ Извѣстный нѣмецкій коммерціалистъ Козакъ считаетъ единственно допустимымъ ограниченіемъ соглашеніе сторонъ. Названный авторъ говоритъ: «Haben aber die Parteien über den Umfang der Veräußerung keine besondere Festsetzung getroffen und lässt sich auch aus den begleitenden Umständen ein abweichenden Parteiwille nicht erkennen, so ist auf unsere Begriffsbestimmung zurückzugehen, einfach deshalb, weil sie dem allgemeinen Sprachgebrauch und der kaufmännischen Anschauung entspricht (Lehrbuch des Handelsrechts S. 67). Опредѣленіе, о которомъ упоминаетъ Козакъ, касается понятія цѣлостности предпріятія, какъ совокупности всего актива и пассива.

«Когда и при каких обстоятельствах наступает переходъ предпріятія, говоритъ Геллеръ, не опредѣлили ни старое, ни новое германскія торговыя уложенія, ни австрійскій законъ, и вопросъ остался открытымъ». «У нѣкоторыхъ членовъ законосоставляющей коммисіи, продолжаетъ тотъ же авторъ, было темное и смутное убѣжденіе въ какой то связи между переходомъ предпріятія и фирмою» ¹⁾. «Невозможно, пишетъ Марксъ, установить твердыя правила (*feste Rechtssätze*), указывающія, когда предпріятіе считается по смыслу §§ 22 и 23 герм. торг. уложенія, перешедшимъ отъ одного лица къ другому, и это можетъ быть опредѣлено въ сомнительныхъ случаяхъ только судейскимъ усмотрѣніемъ» ²⁾.

Такимъ образомъ, не точный и опредѣленный критерій, а лишь общее указаніе можетъ дать наука практикъ по разсматриваемому вопросу.

Для того, чтобы переходъ предпріятія считался совершившимся, необходимъ переходъ лишь тѣхъ частей, которыя необходимы для продолженія промысловой дѣятельности данного предпріятія. Съ одной стороны, понятіе продолженія предпріятія не связано неразрывно ни съ однимъ изъ существующихъ частей такового, ибо разумѣется продолженіе не въ юридическомъ, а скорѣе въ широко экономическомъ смыслѣ, съ другой—понятіе продолженія торгово-промышленнаго дѣла не исключаетъ возможности дальнѣйшаго развитія и прогресса переходящаго предпріятія. И послѣ перехода предпріятіе не перестаетъ быть самимъ собою, если произошли какія-либо измѣненія въ его дѣятельности, напр., расширеніе или сокращеніе промысловыхъ операцій. Болѣе сомнительнымъ представляется вліяніе серьезныхъ преобразованій предпріятія, доходящихъ до измѣненія самихъ отраслей его профессиональной дѣятельности. Въ этомъ отношеніи нѣкоторые писатели идутъ весьма далеко и, напр., Маковёръ считаетъ не препятствующимъ для продолженія предпріятія обстоятельствомъ полное измѣненіе отдѣльныхъ отраслей дѣла, если общія основанія организаціи и дѣятельности данного предпріятія этимъ не

¹⁾ Geller. Op. cit s. 108, 110.

²⁾ Marx. Op. cit s. 193.

затронуты. «Измѣненія таможеннаго тарифа, новыя изобрѣтенія и другія обстоятельства, говоритъ Марксъ, могутъ привести къ необходимости совершенно реформировать производство, измѣнить самый предметъ такого, и, тѣмъ не менѣе, мыслимо, что предприятие будетъ продолжаться, останется самому себѣ тождественнымъ». По воззрѣніямъ нѣмецкихъ юристовъ, здѣсь возможны два способа установленія максимальныхъ предѣловъ измѣненія—воля сторонъ, могущая внести тѣ или другія формальныя ограниченія, и толкованіе словъ закона «*bestehendes Handelsgeschäft... fortführen*» по общимъ началамъ интерпретаціи «*Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte*».

V.

Обращаясь къ изслѣдованію дѣйствующаго русскаго права по вопросу о распоряженіи фирмою, нельзя, прежде всего не отмѣтить, что судебная практика—единственное отраженіе національнаго правовоззрѣнія по этому предмету—не даетъ ясныхъ и опредѣленныхъ контуровъ института, а представляетъ колеблющійся и постоянно расплывающійся во внутреннихъ противорѣчіяхъ призракъ юридическаго понятія. По справедливому замѣчанію проф. Шершеневича, судебная практика постоянно смѣшиваетъ фирму съ предприятиемъ и даже съ представительствомъ предприятия.

Прежде всего наша практика, несомнѣнно, признаетъ за фирмою значеніе объекта имущественной цѣнности, иногда даже весьма значительной, а потому допускаетъ возможность права распоряженія этою цѣнностью. Право пользоваться фирмою, говоритъ Сенатъ по дѣлу Говоровыхъ, можетъ быть предметомъ всякаго рода соглашеній, лишь бы послѣднія не были противны общимъ началамъ торговаго и гражданскаго быта. Въ другихъ, болѣе старыхъ рѣшеніяхъ, цитированныхъ въ сборникѣ Носенко, Сенатъ признавалъ, что право исключительнаго пользованія фирмою можетъ быть уступлено владѣльцамъ кому-нибудь другому или при жизни или по духовному завѣщанію. При отсутствіи посмертнаго распоряженія владѣльца, фирма, какъ и всякое другое имущество, переходитъ на общемъ основаніи къ наслѣдникамъ. Возможны

сдѣлки, не только направленные на переуступку права на фирму, но и на предоставленіе временнаго пользованія фирмою. Въ этомъ отношеніи Сенатъ тщательно оговариваетъ, что одно предоставленіе права пользованія фирмою неравносильно передачѣ права собственности на оную; необходимо опредѣленное доказательство передачи фирмы именно въ собственность (по дѣлу Мигачева и Круглова о фирмѣ Е. О. Бавастро). Равнымъ образомъ, по другому дѣлу Сенатъ призналъ, что право пользованія фирмою на основаніи срочной аренды не можетъ само собою установить права собственности на означенную фирму (по дѣлу Москвина о фирмѣ «Иванъ Гладковъ»).

То положеніе, которое на западѣ составляетъ, такъ сказать, первую аксіому фирменнаго права, а именно, неразрывность связи между фирмою и предпріятіемъ, до котораго она относится, выражено нашей судебной практикою не съ достаточною рѣзкостью и рѣшительностью ¹⁾. Въ нѣкоторыхъ рѣшеніяхъ, правда, упоминается «о передачѣ права торговли подѣ фирмою» (по дѣлу Форштрема о фирмѣ Р. Амлонгъ) или о приобрѣтеніи права пользованія фирмою на основаніи договора объ арендѣ торговаго заведенія (по вышеупомянутому дѣлу Москвина), но эти выраженія, во-первыхъ, уже не столь опредѣленны, а, во-вторыхъ, у русскаго юриста нѣтъ увѣренности, что во всѣхъ случаяхъ, когда суды и Сенатъ говорятъ о распоряженіи фирмою, они понимаютъ это право въ качествѣ возможности распоряжаться судьбою предпріятія, названіемъ коего является фирма—предметъ права распоряженія. Въ рѣшеніи по дѣлу Форштрема Сенатъ пояснилъ, что право торговли подѣ фирмою представляется, по существу, правомъ не простымъ, а составнымъ, заключаетъ въ себѣ цѣлый рядъ весьма разнообразныхъ отдѣльныхъ правомочій. Такимъ образомъ, Сенатъ, повидимому, желаетъ выразить этими словами, что переходъ фирмы возможенъ не иначе, какъ съ переходомъ предпріятія. Но смыслъ сенатскаго рѣ-

¹⁾ Любопытно отмѣтить, что мимоходомъ даже самъ законъ упоминаетъ о переходѣ предпріятія при отчужденіи или арендѣ таковыхъ съ сохраненіемъ прежняго наименованія (ст. 161¹⁶ уст. о пром.).

шенія, къ сожалѣнію, не выражень точно и опредѣленно, до него нужно доискиваться, и его приходится строить все-таки не на прямомъ утвержденіи, а только на догадкѣ.

Сенатская практика сталкивалась и съ вопросомъ о формѣ актовъ, въ коихъ выражается распоряженіе фирмою. Въ этомъ отношеніи Сенатъ находилъ, что право на фирму должно быть приравнено къ движимому имуществу, а потому фирма переходитъ по правиламъ, установленнымъ для передачи движимостей. А такъ какъ для сего не имѣется обязательной формы договора, то распоряженіе фирмою можетъ быть выражено не только письменно, но даже и устно. Однако, по мнѣнію Сената, переходъ фирмы отражается все-таки на бумагахъ по меньшей мѣрѣ въ видѣ оповѣщенія заинтересованныхъ лицъ и учреждений о такомъ переходѣ (по упомянутому дѣлу Форштрема). Что словесный договоръ о распоряженіи правомъ на фирму является въ глазахъ Сената скорѣе теоретическою допустимостью, чѣмъ практическимъ правиломъ видно изъ того, что по дѣлу Александра Мари о правѣ употребленія имъ фирмы «Поль Мари» высшій судъ призналъ доказательствомъ права пользованія фирмою лишь документы, удостоверяющіе пріобрѣтеніе правъ на фирму отъ перваго ея владѣльца.

Если для характеристики дѣйствующаго русскаго права на фирму приходится руководствоваться исключительно данными судебной практики, то въ будущемъ этотъ вопросъ представляется всесторонне регламентированнымъ закономъ.

Всѣ законопроекты, касавшіеся вопроса о фирмѣ, начиная отъ работы сенатора Тура и до новѣйшихъ, вырабатываемыхъ Министерствомъ Торговли и Промышленности, одинаково воспроизводятъ *expressis verbis* положеніе германскаго права о допустимости перехода фирмы только съ предпріятіемъ, къ коему она относится. Съ другой стороны находящійся на разсмотрѣніи законодательныхъ учреждений проектъ правилъ о переходѣ торгово-промышленныхъ предпріятій устанавливаетъ опредѣленную и обязательную форму перехода таковыхъ. Со времени, когда этотъ проектъ получить силу закона,

переходъ предпріятій будетъ возможенъ только въ формѣ нотаріальнаго акта, осложненнаго исполненіемъ ряда специфическихъ формальностей (оповѣщеніе кредиторовъ, опубликованіе извлеченія изъ договора). Устанавливая связь между обоими упомянутыми проектами, надлежитъ признать, что фирма будетъ переходить лишь въ томъ случаѣ, если произошелъ переходъ соответственнаго предпріятія въ формѣ, предусмотрѣнной для сего закономъ.

Упомянутые законопроекты оставляютъ, впрочемъ, совершенно открытыми вопросы немаловажнаго значенія. Устанавливая форму перехода предпріятія и подробно нормируя послѣдствія такого въ смыслѣ порядка отвѣтственности договаривающихся сторонъ по долгамъ предпріятія, законопроектъ не затрагиваетъ ни понятія предпріятія, ни условій, при которыхъ можетъ быть признана наличность дѣйствительнаго перехода такого, слѣдовательно, и правильность примѣненія особой формы, присущей этому договору. Далѣе законопроектъ имѣетъ въ виду только случаи отчужденія предпріятій и оставляетъ безъ вниманія переходъ предпріятія, обоснованный другими юридическими титулами. На всѣ эти вопросы придется давать отвѣтъ судебной практикѣ. Изъ опыта западныхъ государствъ можно убѣдиться, что разрѣшеніе приведенныхъ вопросовъ сопряжено всегда съ большими трудностями. Такковыя въ русскихъ условіяхъ окажутся еще большими, чѣмъ на Западѣ. Поэтому остается пожалѣть, что правила о переходѣ предпріятій не пошли по пути французскаго закона 17 марта 1909 г. въ смыслѣ установленія тѣхъ элементовъ предпріятія, передача которыхъ образуетъ въ своей совокупности переходъ предпріятія. Германское право связываетъ съ переходомъ фирмы опредѣленные послѣдствія юридическаго характера. Переходъ предпріятія, совмѣстно съ фирмою, влечетъ ео ipso вступленіе пріобрѣтателя во всѣ обязательства и права владѣльца предпріятія (§ 25 герм. торг. улож.). Такимъ образомъ, получается слѣдующая взаимная зависимость правовыхъ фактовъ: прежде всего, необходимъ переходъ предпріятія, понимаемый въ томъ техническомъ смыслѣ, о которомъ шла рѣчь впереди; переходъ

предпріятія составляет только какъ бы предпосылку для возможности перехода фирмы, поставленнаго въ зависимость отъ соглашенія сторонъ, въ частности—отъ согласія передающаго предпріятіе; если вопросъ о переходѣ фирмы разрѣшился въ утвердительномъ смыслѣ, возникаетъ отвѣтственность по долгамъ предпріятія и право требованія съ должниковъ такового.

Австрійскій писатель Геллеръ ¹⁾, не разъ уже выше цитированный, старается объяснить смыслъ отмѣченныхъ выше постановленій германскаго права. Фирма изъ имени владѣльца предпріятія превращается въ названіе «абстрактнаго субъекта предпріятія», въ имя всякаго лица, стоящаго въ опредѣленномъ положеніи къ данному предпріятію. Этимъ дается возможность сукцессіи въ предпріятіи и обеспечивается, несмотря на смѣну владѣльцевъ предпріятія, ненарушимость хода этого послѣдняго. Хотя долги и требованія относятся не къ предпріятію, какъ таковому, а къ его владѣльцу, но переходъ фирмы ставитъ одного конкретнаго человѣка въ экономическомъ отношеніи на мѣсто другого, и тѣмъ оправдываетъ тотъ переходъ требованій и отвѣтственности по обязательствамъ, который сопряженъ въ Германіи съ продолженіемъ первоначальной фирмы.

Ни по дѣйствующему русскому праву, ни по упомянутымъ выше проектамъ переходу фирмы не присвоено того значенія, которое ему придано нѣмецкимъ закономъ. Возможность путемъ передачи предпріятія уклоняться отъ исполненія своихъ обязательствъ и вызвала, именно, къ жизни законопроектъ о переходѣ торгово-промышленныхъ предпріятій, а этотъ проектъ вовсе не упоминаетъ о фирмѣ. Такимъ образомъ, то обстоятельство, переходитъ ли фирма съ предпріятіемъ или не переходитъ, никакой роли въ отношеніи построенія отвѣтственности по долгамъ предпріятія и права требованія по принадлежащимъ ему обязательствамъ другихъ субъектовъ оборота не играетъ.

Такое направленіе этого вопроса въ Россіи *de lege ferenda* дѣлаетъ, естественно, совершенно излишнимъ

¹⁾ Geller. *op. cit.* S. 124—125.

входить въ подробное разсмотрѣніе ученія германскихъ юристовъ о послѣдствіяхъ перехода фирмы.

Приведенный выше матеріалъ, касающійся содержанія фирменнаго права, необходимо дополнить еще двумя вопросами: о правѣ распоряженія фирмою філіаль и о прекращеніи фирменнаго права.

Вопросъ о судьбѣ фирмы філіаль является всегда значительнымъ осложненіемъ при передачѣ права пользования фирмою. Съ одной стороны возможны передачи однихъ только філіальныхъ заведеній предпріятія, и тогда возникаетъ вопросъ о переходѣ фирмы, подъ которой работали до того момента філіалы, на новаго владѣльца, съ другой—самая фирма філіаль можетъ не совпадать съ фирмою предпріятія,

Германскій законъ въ § 30 торговаго уложенія предписываетъ вводить необходимыя добавки въ сложеніе фирмы філіаль, если это нужно для отличія таковой отъ другихъ фирмъ, занесенныхъ ранѣе въ данномъ реестровомъ округѣ. На практикѣ возникло большое разногласіе по вопросу о томъ, гдѣ кончается возможное и допустимое различіе фирмы філіалы отъ фирмы предпріятія. Въ то время какъ Штаубъ и нѣкоторые его послѣдователи допускаютъ лишь добавки, указывающія на т. наз. філіальность и зависимость, Гольдманъ и др. считаютъ возможнымъ болѣе существенныя отступленія отъ фирмы предпріятія, лишь бы для постороннихъ лицъ была ясна связь отдѣленія съ предпріятіемъ. Между тѣмъ степень возможнаго отличія фирмы філіаль отъ фирмы предпріятія можетъ оказать до извѣстной степени вліяніе на построеніе самаго права распоряженія фирмою філіалы.

Прежде всего германская практика останавливалась на вопросѣ, влечетъ ли за собой переходъ всего предпріятія съ фирмою право пользования и отличными отъ фирмы предпріятія фирмами філіаль. Имперскій судъ отвѣчаетъ на этотъ вопросъ въ утвердительномъ смыслѣ, но оговариваетъ, что, въ случаѣ дальнѣйшаго отчужденія філіаль и превращенія ихъ въ самостоятельныя предпріятія, продолженіе прежней фирмы допустимо не иначе, какъ съ согласія бывшаго владѣльца фирмы, когда она еще была оригинальна, т. е.

нужно согласіе отчуждателя всего предпріятія, передавшаго право на фирму¹⁾).

Другой практической вопросъ — можетъ ли філіала быть передана другому владѣльцу съ фирмою, если остальные элементы предпріятія остались за прежнимъ владѣльцемъ. Здѣсь могутъ возникнуть сомнѣнія двоякаго рода.

Во-первыхъ, переходъ фирмы совмѣстно съ філіалой не поведетъ за собой прекращенія фирмы всего предпріятія, т. е. въ результатѣ получится существованіе двухъ конкурирующихъ предпріятій, подъ одинаковою фирмою. Во-вторыхъ, сомнительно, есть ли переходъ одной філіалы тѣмъ переходомъ предпріятія, безъ котораго невозможна передача и самой фирмы.

Практика нѣмецкихъ судовъ обнаруживаетъ въ этомъ отношеніи большія колебанія. Такъ, напр., апелляціонный судъ въ Карльсруэ находилъ, что, если предпріятіе состоитъ изъ нѣсколькихъ самостоятельныхъ, другъ отъ друга въ бухгалтерскомъ и прочихъ отношеніяхъ обособленныхъ отраслей, переходъ каждой изъ такихъ отличается отъ перехода всего предпріятія только количественно, а отнюдь не качественно, почему передача одной отрасли можетъ быть сопряжена съ предоставленіемъ и права на фирму. Напротивъ, имперскій судъ по аналогичному дѣлу разсуждалъ, что передача отдѣльной отрасли не можетъ дать основанія къ пользованію фирмою всего предпріятія, ибо філіала или отдѣльная отрасль предпріятія, не составляетъ такового *in grossen und ganzen*, а между тѣмъ, согласно § 23 германскаго торговаго уложенія, право на фирму можетъ быть передано только со всѣмъ предпріятіемъ (*Handelsgeschäft*)²⁾.

Горячимъ сторонникомъ возможности передачи фирмы съ одною только філіалою, является маститый Іосифъ Колеръ, ибо, по мнѣнію названнаго ученаго, мыслимо тождество и продолженіе существующаго предпріятія не только при универсальной, но и сингулярной сукцессіи.

¹⁾ Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen. 1908. Bd. 67 № 27.

²⁾ Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen. 1904. Bd. 56, № 47.

Однако, повидимому, гораздо правильнѣе рѣшать вопросъ о продолженіи фирмы, въ случаѣ перехода только филиалы, въ отрицательномъ смыслѣ.

Самое существованіе двухъ одинаковыхъ предпріятій подъ одною и тою же фирмою весьма нежелательно, ибо, если владѣльцы таковыхъ находятъ такое положеніе для себя пріемлемымъ, то оно все же врядъ ли допустимо съ точки зрѣнія общественныхъ интересовъ, какъ способствующее смѣшенію двухъ различныхъ предпріятій. Такое опасеніе, конечно, отпадаетъ, если филиала имѣетъ отличную отъ всего предпріятія фирму, но самая возможность полного отличія этихъ фирмъ другъ отъ друга представляется вообще весьма сомнительною.

Но и по другому основанію, продолженіе филиальной фирмы, принадлежащей всему предпріятію, представляется врядъ ли правильнымъ. Понятію филиалы неотъемлемо представленіе о нѣкоторой, большей или меньшей, зависимости отъ главнаго заведенія предпріятія. Полной самостоятельности филиала достичь не можетъ, ибо это было бы *contradictio in adjecto*. Поэтому переходъ филиалы самъ по себѣ никогда не можетъ быть приравненъ къ переходу всего предпріятія, являющагося необходимымъ предположеніемъ продолженія фирмы. Если же съ переходомъ къ другому владѣльцу и самимъ этимъ переходомъ филиала изъ зависимаго положенія становится въ самостоятельное предпріятіе, то рождается новое, а не продолжается прежнее предпріятіе, и фирма его должна быть не производной, а оригинальной—быть составленною по правиламъ сложенія первоначальной фирмы.

О прекращеніи фирмы много говорить не приходится. Фирма прекращается: а) по прямому отказу отъ дальнѣйшаго пользованія ею, б) вслѣдствіе фактического болѣе или менѣе продолжительнаго неупотребленія таковой (*non usus*) и в) по опредѣленію суда, воспрепятствующему дальнѣйшее пользованіе данною фирмою.

Въ странахъ, гдѣ ведется реестръ, прекращеніе фирмы завершается формальнымъ актомъ—погашеніемъ ея записи въ реестръ.

Прекратившаяся фирма стоитъ въ свободномъ пользованіи всѣхъ и можетъ быть немедленно избрана любымъ желающимъ, если тому не препятствуютъ правила о сложеніи фирмы¹⁾ и не можетъ возникнуть смѣшенія даннаго предпріятія съ уже прекратившимся²⁾.

¹⁾ Возможность зарегистрировать прекратившуюся фирму открывается, напр., въ отношеніи предметныхъ фирмъ.

²⁾ Французская судебная практика (рѣшеніе парижскаго суда отъ 18 февраля 1904 г. по дѣлу изобрѣтателя Пеллетье) останавливалась на вопросѣ о возможности пріобрѣтенія чужого торговаго имени путемъ истеченія давностнаго срока для вчиненія иска о прекращеніи пользованія таковымъ именемъ. Въ указанномъ приговорѣ суда вопросъ былъ рѣшенъ въ утвердительномъ смыслѣ, но въ отношеніи имени, употреблявшагося какъ одна изъ составныхъ частей товарнаго знака. Распространеніе этой практики на случаи употребленія имени въ качествѣ фирмы представляется, однако, весьма сомнительнымъ (см. Baitry. Du nom commercial, page 60—64).

ГЛАВА ЧЕТВЕРТАЯ.

I.

Всякое право постолько цѣнно и постолько является реальнымъ благомъ, поскольку оно защищается мѣрами правового воздѣйствія, поскольку пользованіе даннымъ субъективнымъ правомочіемъ, основаннымъ на опредѣленной объективной нормѣ, можетъ быть охранено противъ всякой попытки, противъ всякаго дѣйствія, направленныхъ къ воспрепятствованію субъекту права въ осуществленіи имъ его правомочій.

Право на фирму даетъ возможность употреблять данную фирму, пользоваться и распоряжаться ею (право изъ фирмы). Эти правомочія субъекта имѣютъ исключительно—запретительный характеръ. Поэтому, всякаго рода дѣйствія третьихъ лицъ, нарушающія право изъ данной фирмы, мѣшающія безпрепятственному осуществленію таковыхъ, являются посягательствомъ на чужое право на фирму, даютъ основаніе для защиты этого права всѣми допустимыми въ такомъ случаѣ мѣрами правового воздѣйствія,

Защита фирмы различна въ отдѣльныхъ странахъ, въ зависимости отъ того, существуетъ ли въ данной странѣ фирменная обязанность и фирменный порядокъ.

Въ государствахъ, гдѣ закономъ установленъ обязательный фирменный порядокъ, всякое отступленіе отъ такового, является посягательствомъ противъ общественныхъ интересовъ, становится публично-правовымъ нарушеніемъ. Естественно, что противъ такого нарушенія долженъ реагировать тотъ, кто блюдетъ общественный интересъ и охраняетъ неприкосновенность законнаго порядка, т. е. опредѣленный органъ власти.

Но нарушеніе фирменнаго порядка можетъ одновременно затронуть чьи-либо права на фирму. Поэтому, на-ряду съ охраною фирменнаго порядка со стороны органа власти, должно быть допущено реагированіе путемъ иска потерпѣвшаго ущербъ при осуществленіи своихъ правовыхъ интересовъ лица. Выступленіе органа власти противъ нарушителя фирменнаго порядка можетъ быть обосновано только на законѣ о торговой записи и предписаніяхъ о фирменной регистраціи. Основанія для иска потерпѣвшаго значительно шире и такой искъ возможенъ и въ тѣхъ случаяхъ, когда законоположенія о фирмѣ даже не нарушены. Равнымъ образомъ, цѣли и послѣдствія выступленій органа власти и потерпѣвшаго лица, различны. Первый изъ нихъ, стремится только возстановить нарушенный порядокъ и въ нѣкоторыхъ случаяхъ, предоставленной въ его распоряженіе мѣрой принужденія противъ сопротивляющагося нарушителя, является наложеніе на этого послѣдняго штрафа. Потерпѣвшее лицо стремится не только прекратить правонарушающія дѣйствія, но также пополнить причиненный ему такими дѣйствіями убытокъ и обезпечить себя отъ возможности повторенія подобныхъ посягательствъ.

Такимъ образомъ, въ государствахъ, гдѣ существуетъ основанный на законѣ фирменный институтъ, имѣются два параллельныхъ, но далеко не одинаковыхъ по основанію, цѣли и объему путей реагированія противъ нарушителей фирменнаго права ¹⁾. Наоборотъ, въ государствахъ, гдѣ фирменнаго обязательнаго порядка не существуетъ, охрана фирмы (торговаго имени) возможна только путемъ иска со стороны заинтересованныхъ лицъ. Доколѣ и пока они не выступаютъ на защиту своихъ интересовъ, дѣйствія нарушителя чужого фирменнаго права остаются совершенно свободными.

¹⁾ Löwenthal. Das Firmenrecht 1899. S. 29 говоритъ по этому поводу: Das durch die Firmenordnung geschaffene Vergehen der unbefugten Firmenführung ist doppelter Natur und zwar einerseits eine Polizeiübertretung, anderseits ein Privatdelikt, jene erzeugt eine Strafverpflichtung, diese eine Deliktsobligation.

Первая изъ указанныхъ системъ охраны фирмы существуетъ, напимѣръ, въ Германіи, Австріи и Швейцаріи, вторая—во Франціи, Англіи и Россіи. Если давно назрѣвающій у насъ проектъ о торговой записи и фирмахъ получить осуществленіе, Россія изъ государствъ второй категоріи перейдетъ въ первую. Поэтому практически важно разсмотрѣть обѣ системы. Самый существенный вопросъ въ отношеніи защиты фирмъ въ странахъ устроеннаго фирменнаго порядка—это соотношеніе между охраною фирмы *ex officio* и охраною своихъ интересовъ самимъ потерпѣвшимъ лицомъ.

Обращаясь прежде всего къ разсмотрѣнію порядка охраны фирменнаго порядка *ex officio*, необходимо отмѣтить, что таковой, по мысли законовъ странъ, гдѣ существуетъ фирменный институтъ, поддерживается предупредительными и репрессивными мѣрами.

Превентивная дѣятельность реестровыхъ органовъ заключается въ недопущеніи одинаковыхъ фирмъ въ предѣлахъ одного и того же реестроваго округа, въ поддержаніи принципа «исключительности фирмы»¹⁾ ²⁾. Но этими однѣми мѣрами еще не вполне обезпечивается надлежащій фирменный порядокъ. Прежде всего, въ моментъ занесенія новой фирмы, реестровый судья могъ ошибиться и внести въ реестръ фирму, нарушающую принципъ исключительности ранѣе зарегистрированныхъ фирмъ. Далѣе возможно, что въ районѣ дѣятельности реестроваго судьи появится въ оборотѣ фирма, которая не была заявлена къ занесенію; наконецъ, мыслимы случаи ненадлежащаго употребленія своихъ фирмъ (напимѣръ, съ модификаціями) или пользованія чужими занесенными фирмами. Поэтому, въ дополненіе къ правомочіямъ реестроваго судьи, критически относиться къ заявкамъ новыхъ фирмъ, принимать или отвергать таковыя, необходимо было снабдить тотъ же органъ власти дальнѣйшими правомочіями въ цѣляхъ поддержанія фирменнаго порядка. Такое именно значеніе имѣетъ § 37

¹⁾ Подр. см. главу «Сложеніе фирмы», sub. III.

²⁾ Выработанный нынѣ Министерствомъ Торговли и Промышленности проектъ правилъ о фирмахъ предполагаетъ установить фирменную исключительность на протяженіи всей территоріи. Этимъ предположеніемъ на реестровые органы накладывается врядъ-ли посильное для нихъ бремя.

германскаго торговаго уложенія, § 26—австрійскаго и § 875 швейцарскаго закона объ обязательствахъ.

Остановливаясь для характеристики указанныхъ законоположеній на § 37 германскаго уложенія, слѣдуетъ указать на весьма широкое его содержаніе. Означенный параграфъ гласитъ: «реестровый судья обязанъ прекратить употребленіе кѣмъ бы то ни было фирмы, которая не предоставлена, на основаніи правилъ даннаго раздѣла (торговаго уложенія), въ его распоряженіе» (*Wer eine nach den Vorschriften dieses Abschnitts ihm nicht zustehende Firma gebraucht, ist von dem Registergerichte zur Unterlassung des Gebrauchs... anzuhalten*).

По точному смыслу приведенной нормы, реестровый судья оставляетъ безъ своего вмѣшательства только употребленіе фирмы правильно закрѣпленной за даннымъ пользователемъ. Всякое иное употребленіе фирмы уже нарушаетъ фирменный порядокъ и вызываетъ соотвѣтственное выступленіе со стороны реестроваго судьи. Такимъ образомъ, этотъ органъ власти призванъ поддерживать фирменный порядокъ *an und für sich*, независимо отъ того, нарушаетъ ли данное неправомѣрное употребленіе фирмы чьи либо права и интересы, или же во все ихъ не затрагиваетъ. Третій раздѣлъ германскаго торговаго уложенія, посвященный вопросу о фирмѣ, даетъ рядъ правилъ о томъ, кто можетъ имѣть фирму и каково должно быть ея сложеніе. Отсюда слѣдуетъ, что если кто либо, не имѣющій права на фирму, пользуется тѣмъ не менѣе фактически таковою или если лицо, имѣющее право на фирму, употребляетъ такую фирму, которая не соотвѣтствуетъ правиламъ сложенія фирмы, то въ этихъ случаяхъ одинаково реестровый судья долженъ возстановить фирменный порядокъ. Поэтому онъ выступаетъ и противъ полноправнаго и мелочнаго купца (*Voll- und Minderkaufleute*) и даже лицъ, не принадлежащихъ къ промысловому классу, противъ лицъ, имѣющихъ зарегистрированныя фирмы, и противъ тѣхъ, кто таковыя не зарегистрировалъ или не могъ даже зарегистрировать.

Какъ только реестровый судья съ достаточною достовѣрностью освѣдомится относительно факта незаконнаго употребленія фирмы, онъ обязанъ выступить

противъ нарушителя. Означенныя свѣдѣнія реестровый судья можетъ получить самостоятельно или же посредствомъ соотвѣтственнаго заявленія. Последнее можетъ быть сдѣлано или каждымъ заинтересованнымъ лицомъ, или представительными органами торговаго класса (напр., торговою палатою). Если, въ результатѣ подобнаго заявленія, реестровый судья не найдетъ нужнымъ выступить противъ незаконномѣрнаго пользователя фирмою, заявитель имѣетъ возможность принести на дѣйствія реестроваго судьи жалобу въ обыкновенномъ инстанціонномъ порядкѣ (ландгерихтъ и оберландгерихтъ).

Выступление реестроваго судьи противъ незаконномѣрнаго пользователя фирмою, выражается въ приглашеніи его прекратить подѣ угрозой наложенія штрафа незаконномѣрное пользованіе фирмою или представить въ устанавливаемый, по усмотрѣнію судьи, срокъ объясненія. Если данное лицо представитъ удовлетворительныя объясненія или прекратить пользованіе фирмою, штрафъ не налагается. Впрочемъ, въ случаѣ прекращенія дѣла вслѣдствіе признанія объясненій удовлетворительными заинтересованное лицо, сдѣлавшее судѣ заявленіе, или органъ торговаго класса могутъ обжаловать дѣйствія реестроваго судьи. Если, наоборотъ, приглашеніе прекратить пользованіе фирмою не возымѣло дѣйствія, а объясненія, если таковыя были представлены, признаны реестровымъ судьей неудовлетворительными, на виновнаго налагается въ административномъ порядкѣ штрафъ до 300 мар. Надлежитъ имѣть въ виду, что къ административнымъ штрафамъ не примѣняется правило *non bis in idem*, а потому при продолжающемся неповиновеніи распоряженію реестроваго судьи штрафы могутъ повторяться *ad infinitum*¹⁾.

Въ тѣхъ случаяхъ, когда фирма, которая является объектомъ незаконномѣрнаго употребленія, оказывается въ числѣ занесенныхъ въ реестръ, судья обязанъ не только пригласить къ прекращенію ея употребленія, но и погасить ея занесеніе *ex officio* посредствомъ особой надписи въ реестрѣ. И въ отношеніи погашенія фирмы

¹⁾ Порядокъ дѣйствія реестроваго судьи опредѣленъ §§ 132—139 закона о неспорныхъ дѣлахъ (*Gesetz über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit*).

предоставляется заинтересованнымъ лицамъ и органамъ торговаго класса обжаловать въ инстанціонномъ порядкѣ дѣйствія реестроваго судьи.

Въ отличіе отъ описаннаго порядка, въ Австріи проведено раздѣленіе между нарушеніями фирменнаго строя въ средѣ полноправныхъ купцовъ и аналогичными явленіями въ кругу ремесленниковъ и мелкихъ промышленниковъ. Въ первомъ случаѣ примѣняется ст. 26 австрійскаго торговаго уложенія, во второмъ, постановленія новеллы о промышленности 15 марта 1883 г., установившей для лицъ, не имѣющихъ права на фирму, обязанность пользоваться только своимъ именемъ и не употреблять ни имени, ни иныхъ индивидуальныхъ признаковъ, принадлежащихъ другимъ промышленникамъ.

Такимъ образомъ, разные органы власти—въ первомъ случаѣ коммерческій судъ, во второмъ—промышленныя палаты имѣютъ наблюденіе за ненарушимостью фирменнаго порядка и правилъ о пользованіи именемъ въ дѣловомъ оборотѣ, причемъ несутъ эти обязанности *ex officio*, независимо отъ того, нарушены ли въ каждомъ данномъ случаѣ чьи-либо частные интересы¹⁾.

По русскому новѣйшему проекту, такое наблюденіе со стороны органа, ведущаго торговый реестръ, имѣющее своею цѣлью только интересы всего общества, къ сожалѣнію, опущено. Между тѣмъ въ Россіи, гдѣ принципъ борьбы за свое право не получилъ такого прочнаго закрѣпленія въ общественномъ правосознаніи, какъ на западѣ, гдѣ иногда на прямое выступленіе противъ могущаго конкурента не хватаетъ гражданскаго мужества, гдѣ, наконецъ, не любятъ судиться и избѣгаютъ процессовъ, предпочитая имъ возможность водворенія порядка путемъ административнаго вмѣшательства—австро-германскій институтъ выступленія реестроваго органа *ex officio* былъ бы чрезвычайно умѣстенъ, вполне гармонировалъ бы съ бытовой обстановкою русскаго торгово-промышленнаго оборота²⁾.

¹⁾ Подр. см. J. L. Brunstein. *Namen und Firmenschutz im österreichischen Privat, Handels und Gewerberecht*. 1909.

²⁾ Проектъ правилъ о торговой записи снабжаетъ реестровый органъ дисциплинарною властью (штрафъ до 300 р.) только въ случаяхъ уклоненія отъ занесенія въ реестръ.

Кромѣ защиты фирменнаго порядка выступленіемъ органа власти, охрана принадлежащаго каждому фирменнаго права осуществляется его собственнымъ о томъ попеченіемъ.

Германскій фирмовладѣлецъ имѣетъ передъ собой богатый выборъ статей закона, охраняющихъ его фирменное право.

На первомъ планѣ должна быть поставлена вторая часть § 37 германскаго торговаго уложенія, соотвѣтствующая, кстати сказать, § 27 австрійскаго торговаго уложенія. Согласно этой статьѣ, каждый, чьи права оказываются нарушенными неправомѣрнымъ употребленіемъ другимъ лицомъ фирмы, можетъ требовать прекращенія такого употребленія, но этимъ искомъ, добавляетъ предупредительно законодатель, остается въ неприкосновенности право истца отыскивать убытки на основаніи другихъ нормъ закона. Таковыми являются §§ 823, 826 гражданскаго уложенія, §§ 1, 16 закона о недобросовѣстной конкуренціи 1909 г., §§ 13, 20 закона о товарныхъ знакахъ.

Между § 37 торговаго уложенія и прочими упомянутыми статьями закона заключается существенная разница.

Въ первомъ случаѣ законъ содержитъ т. ск. реакцію противъ нарушенія формальнаго фирменнаго института, во второмъ—защита фирмы строится на болѣе широкомъ обоснованіи—поддержанія основного этического руководящаго принципа торговаго оборота—*Treu und Glauben* (довѣріе и добросовѣстность во взаимныхъ отношеніяхъ участниковъ оборота).

Въ основаніи § 37 лежитъ неправомѣрное употребленіе фирмы. Последнее можетъ имѣть мѣсто 1) со стороны лица, управомоченнаго на фирму, если онъ употребляетъ свою фирму, несоотвѣтственно правиламъ, о сложеніи фирмы, 2) со стороны лица, не имѣющаго права на данную фирму или на фирму вообще. Такимъ образомъ, обратно только тотъ отвѣтчикъ неуязвимъ по § 37 торговаго уложенія, который употребляетъ правомѣрно принадлежащую ему фирму, соотвѣтствующую въ своемъ сложеніи правиламъ торговаго уложенія по этому предмету. Правильное употребленіе правомѣрной фирмы суть необходимыя предположенія дѣйствительныхъ возраженій противъ иска по § 37 торговаго уложенія.

Въ отношеніи отвѣтчика, пользующагося своею фирмою, нужно провѣрить прежде всего, соотвѣтствуетъ ли правиламъ торговаго уложенія занесенная за отвѣтчикомъ фирма. Въ случаѣ отрицательнаго результата подобнаго изслѣдованія возможно погашеніе или измѣненіе занесенной фирмы. Второю темою провѣрки является самый способъ употребленія фирмы.

Фирма правильная въ отношеніи зарегистрированнаго своего начертанія можетъ быть неправомѣрно употреблена фирмовладѣльцемъ, т. е., несоотвѣтственно съ объективными правилами употребленія фирмы. Въ этомъ случаѣ вопросъ сводится къ прекращенію неправильнаго употребленія, но не касается самого занесенія фирмы.

Тотъ же критерій опредѣляетъ положеніе отвѣтчика, употребляющаго не занесенную на его имя фирму. Только если бы таковая могла быть, соотвѣтственно правиламъ о сложеніи фирмъ, занесена на его имя, онъ свободенъ отъ притязаній истца, во всѣхъ же прочихъ случаяхъ онъ является лицомъ, несомнѣнно нарушившимъ постановленія торговаго уложенія о фирмахъ.

Статья 37 торговаго уложенія запрещаетъ неправомѣрное употребленіе фирмы. Понятіе неправомѣрности было выяснено въ предшествующихъ строкахъ. Что же касается термина употребленія фирмы, то объ этомъ рѣчь была раньше. Необходимо только добавить, что употребленіе фирмы въ смыслѣ § 37 торговаго уложенія должно быть понимаемо въ самомъ широкомъ смыслѣ, охватывая не только, такъ сказать, юридическое употребленіе (подпись и заключеніе сдѣлокъ), но и всѣ прочіе способы пользованія фирмою (Штаубъ на основаніи практики имперскаго суда приводитъ рядъ примѣровъ употребленія фирмы—газетныя объявленія, бланки счетовъ, корреспонденціи, телеграфный адресъ и т. д.). Существовавшее въ прежнее время сомнѣніе, является ли употребленіе фирмы въ качествѣ товарнаго знака и вообще для обозначенія товара входящимъ въ понятіе употребленія фирмы, рѣшено теперь въ утвердительномъ смыслѣ.

Источомъ по разсматриваемому § 37 торговаго уложенія является всякое лицо потерпѣвшее въ своемъ правѣ. Поэтому съ одной стороны нарушеннымъ неправомѣрнымъ употребленіемъ фирмы со стороны отвѣтчика

правомъ не является непременно фирменное право, но и всякое другое право, съ другой—истецъ долженъ доказать наличность нарушеннаго, принадлежащаго ему, права. Лицо, потерпѣвшее ущербъ въ своихъ интересахъ, хотя бы и вполне правомѣрныхъ, не можетъ стать подъ защиту § 37 торговаго уложенія. Къ этому выводу германская практика пришла не безъ колебаній. Дѣло въ томъ, что объяснительная записка къ проекту торговаго уложенія не вполне совпадаетъ употребленными въ ней выраженіями съ текстомъ § 37 уложенія. Записка говорить о нарушении неправильнымъ употребленіемъ фирмы «правомѣрнаго интепеса» (durch den die berechtigten Interessen eines Anderen verletzt werden)¹⁾. Поэтому имперскій судъ прежде принималъ иски отъ лицъ, утверждавшихъ, что неправомѣрнымъ употребленіемъ фирмы нарушено ихъ экономическое благо пользованія опредѣленнымъ сбытомъ товара, но затѣмъ, въ виду яснаго смысла текста самого закона, отказался отъ своей первоначальной практики (§ 37—Wer in seinen Rechten...). Но, напр., тотъ, кто въ фирмѣ употребляетъ названіе «единственная фабрика изготовленія табака безъ никотина», даетъ основаніе для иска по § 37 со стороны лица, получившаго также патентъ на изготовленіе табака безъ никотина. Въ данномъ случаѣ нарушено чужое не фирменное право, а право, вытекающее изъ факта выдачи патента (случай изъ практики имперскаго суда, цитированный Штаубомъ).

Согласно § 37, истецъ пользуется искомъ о прекращеніи неправомѣрнаго употребленія фирмы. Но такъ какъ непременно условіемъ самого иска по § 37 торговаго уложенія является нарушеніе какого либо права, принадлежащаго истцу, то послѣдній имѣетъ еще и право иска по § 823 гражданскаго уложенія, по силѣ котораго нарушеніе чьего-либо права влечетъ обязанность для нарушителя къ возмѣщенію убытковъ.

Какъ видно изъ изложеннаго, несмотря на очень широкое содержаніе § 37 торговаго уложенія, охрана права по этому основанію находитъ свой конечный

¹⁾ *Mugdan-Hahn*, op. cit. Bd. VI, S. 224.

предѣлъ въ правомѣрномъ пользованіи законосоотвѣтственной фирмою. Однако, нѣмецкое право не даетъ абсолютнаго и всегдашняго преимущества тому, за кѣмъ формальная правда и допускаетъ возможность оспариванія правоты даже такого положенія.

Въ этомъ отношеніи чрезвычайно характернымъ является одно недавнее рѣшеніе имперскаго суда по дѣлу извѣстной въ Берлинѣ фирмы готовой обуви «Карль Штиллеръ»¹⁾.

Одинъ изъ совладѣльцевъ этого торговаго предпріятія вышелъ въ 1910 году изъ дѣла и основалъ въ Берлинѣ же новое предпріятіе, одинаковое по предмету дѣятельности съ ранѣе существовавшимъ. Новое предпріятіе было зарегистрировано подъ фирмою «Schuh-warenhaus Karl Stiller jun.», т. е. сложеніе новой фирмы отвѣчало принципу истинности и исключительности, такъ какъ обязательная добавка «jun» — «младшій» дѣлало новую фирму отличной отъ ранѣе существовавшей. Тѣмъ не менѣе владѣльцы основной фирмы вчинили искъ о воспрещеніи болѣе молодому предпріятію пользоваться сходною фирмою и выиграли процессъ, несмотря на то, что отвѣтчикъ правомѣрно употреблялъ законосоотвѣтственную въ своемъ сложеніи фирму, надлежащимъ порядкомъ, притомъ, зарегистрированную.

Обосновывая означенное рѣшеніе, имперскій судъ объясняетъ, что, въ противоположность правиламъ формальнаго фирменнаго права, изложеннымъ въ торговомъ уложеніи, законъ о борьбѣ съ недобросовѣстною конкуренціей выдвинулъ начало неприкосновенности отъ какихъ бы то ни было посягательствъ сферы индивидуальной промысловой дѣятельности cadaго участника оборота, причемъ внѣшнимъ выраженіемъ этой неприкосновенности является охрана отличительныхъ признаковъ каждой такой сферы дѣятельности. Формальное право на фирму, продолжаетъ имперскій судъ, должно всегда отступать передъ болѣе сильнымъ правомъ на защиту индивидуальной промысловой дѣятельности (das formale Recht an Firma hat hinter das stärkere Recht

¹⁾ Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen. 1911. Bd. 75, № 90.

zum Schutze der Erwerbstätigkeit zurückzutreten), ибо право на отличительный признак (фирму) никогда не является самоцѣлю и имѣетъ значеніе лишь постолько, поскольку онъ является охраною индивидуальной промысловой дѣятельности.

«Формальное право, говоритъ одинъ изъ германскихъ комментаторовъ Фульдъ¹⁾, находить ограниченіе въ болѣе высокому по своей идеѣ матеріальному праву, которое выставляетъ мысль о томъ, что формальное правомочіе не должно быть использовано въ недобросовѣстной цѣли».

Что же это за нормы матеріальнаго права, торжествующія надъ формальнымъ началомъ фирменнаго права. Таковыхъ въ германскомъ правѣ двѣ—одна болѣе общая, выраженная въ § 826 гражданского уложенія и § 1 закона о недобросовѣстной конкуренціи, и другая, болѣе узкая, изложенная въ § 16 того же закона.

Первое изъ этихъ правовыхъ положеній гласитъ, что дѣянія, противныя добрымъ нравамъ (§ 826) и предпріятыя къ тому же въ цѣляхъ конкуренціи (§ 1 закона 1909 года), влекутъ искъ объ ихъ прекращеніи и возмѣщеніи убытковъ. Вторая изъ упомянутыхъ нормъ — § 16 закона 1909 года — предусматриваетъ такое употребленіе фирмы, которое имѣетъ своею цѣлью вызвать смѣшеніе съ фирмою другого предпріятія. Обращаясь къ ближайшему разсмотрѣнію этихъ матеріально-правовыхъ началъ охраны фирмы, изслѣдователь выходитъ на ту широкую дорогу, по которой идетъ праворазвитіе по данному вопросу во всѣхъ европейскихъ государствахъ. Поэтому анализъ нѣмецкаго права въ этомъ отношеніи можетъ быть значительно расширенъ попутнымъ разсмотрѣніемъ аналогичнаго законодательства и практики другихъ культурныхъ народовъ.

Необходимо еще оговорить, что при охранѣ фирмы на основаніи упомянутыхъ выше началъ почти стирается разница между фирмою въ тѣсномъ смыслѣ этого слова и торговымъ именемъ (характерно, что § 16 нѣмецкаго закона о недобросовѣстной конкуренціи перечисляетъ

¹⁾ FuId. Kommentar zum Reichsgezetz gegen den unlauteren Wettbewerb. 1909. S. 399.

фирму, имя и другіе отличительные признаки). Благодаря регистраціи фирмъ извѣстенъ только точно моментъ возникновенія; однако этому формальному первенству регистраціи можетъ быть всегда противопоставлено первенство фактического пользованія.

Первый и самый узкій по своему содержанію случай — это столкновеніе интересовъ двухъ фирмовладѣльцевъ. Истецъ долженъ доказать, что онъ правомѣрно пользуется принадлежащею ему фирмою, и что возможно смѣшеніе между данною фирмою и фирмою отвѣтчика, т. е., во первыхъ, сходство сложенія фирмъ и наличность дѣйствительной между ними конкуренціи. Послѣдній пунктъ доказыванія требуетъ установленія совпаденія раіона и предмета дѣятельности предпріятій, обладающихъ сходственными фирмами. За очень рѣдкими исключеніями пріоритетъ регистраціи укажетъ на старѣйшее право. Фактическое старшинство, не совпадающее со старшинствомъ заявки, можетъ оказаться только въ пользу предпріятій, факультативно заносимыхъ въ реестръ (§ 3 германскаго торговаго уложенія).

Но не одинъ только фирмовладѣлецъ можетъ выступить противъ другого фирмовладѣльца, но и всякій субъектъ, имѣющій правовой интересъ къ тому, чтобы употребленіе фирмы не являлось способомъ смѣшенія двухъ индивидуальныхъ торгово-промышленныхъ дѣятельностей. Поэтому обладатель имени и особаго отличительнаго признака (напр., названіе отеля или аптеки) могутъ, подобно фирмовладѣльцу схожей фирмы, выступить противъ такого фирмовладѣльца, который употребленіемъ фирмы производитъ смѣшеніе между своимъ предпріятіемъ и дѣятельностью истца на торгово-промышленномъ поприщѣ. Слѣдовательно и обратно фирмовладѣльцу принадлежитъ такой же искъ противъ обладателя торговаго имени или особаго названія, поскольку пользованіе этими послѣдними нарушаетъ его обоснованные и правомѣрные интересы.

Искусственное созданіе права на нужное имя (напр., приглашеніе къ участію въ предпріятіи въ качествѣ полнаго товарища однофамильца извѣстнаго торговаго имени) вполне подходитъ подъ дѣйствіе упомянутыхъ выше § 826 гражд. уложенія и § 1 закона 1909 года.

Въ странахъ, гдѣ нѣтъ торгового реестра и фирменнаго института, охрана фирмы замѣняется защитой торгового имени. По существу, однако, понятіе послѣдняго приближается къ германо-австрійскому понятію фирмы. Напримѣръ, во Франціи торговымъ именемъ считаютъ такое гражданское имя, или фантастическое названіе, которые успѣли стать «инструментомъ кредита и способомъ привлеченія кліентеллы», признакомъ индивидуализаціи не торгово-промышленнаго дѣятеля, а скорѣе самаго предпріятія. Только за такимъ именемъ, ставшимъ подлиннымъ *nom commercial*, практика признаетъ право на охрану противъ идентичныхъ и сходственныхъ именъ, причемъ обсужденіе фактовъ, является ли данное имя *nom commercial*, возможно ли смѣшеніе такового съ именемъ отвѣтчика, относится всецѣло къ сферѣ «судебной оцѣнки» со стороны судовъ, не подлежащей повѣркѣ въ кассационномъ порядкѣ ¹⁾.

Охрана фирмы по русскому дѣйствующему праву совершенно неудовлетворительна. Много лѣтъ тому назадъ проф. Гольмстенъ написалъ небольшую статью: «Охраняется ли право на фирму нашимъ закономъ», гдѣ указалъ на различныя превентивныя и репрессивныя способы защиты въ Россіи фирмы. Хотя число такихъ способовъ достаточно многочисленно, тонъ статьи оптимистическій, и авторъ приходитъ къ выводу, что «у насъ законъ даетъ гораздо больше средствъ охраненія фирменнаго права, чѣмъ тамъ, гдѣ право это прямо признается»; однако, въ конечномъ результатѣ получается впечатлѣніе, что никакой сколько-нибудь серьезной охраны фирмы не существуетъ. Этотъ выводъ не потерялъ и до сихъ поръ своего значенія.

Въ сущности, защита фирмы основана не на законѣ, а только на сенатской практикѣ. Хотя послѣдняя въ общемъ благопріятна и отражаетъ современныя воззрѣнія на фирму (воззрѣнія Сената по этому предмету изложены были въ главѣ «Сложеніе фирмы» при разсмо-

¹⁾ Французскія воззрѣнія по вопросу о торговомъ имени хорошо разработаны въ книгѣ Baitry: *Du nom commercial et de la protection* Paris. 1909, особенно см. главу—*Formation du nom commercial*, page 28—41.

трѣннй вопроса объ исключительности фирмы), но по русскимъ бытовымъ условіямъ всякое правило нуждается въ закрѣпленіи въ нормѣ закона.

Въ этомъ отношеніи законодателю надо быть до крайности дальновиднымъ и осмотрительнымъ, ибо ему необходимо въ одной формулѣ соединить и формальную и матеріальную защиту фирмы, такъ какъ у насъ одинаково отсутствуютъ и фирменный институтъ и законъ о недобросовѣстной конкуренціи. Въ новѣйшемъ проектѣ Министерства Торговли и Промышленности употреблено такое выраженіе «пользующійся неправильно чужою фирмою обязанъ...» Формула эта достаточно эластична и широка для подведенія подъ нее весьма многихъ случаевъ посягательства на фирменное право. Но, казалось, эта формула выиграла бы въ указанномъ направленіи при упущеніи слова «чужой», такъ какъ чужое фирменное право можетъ быть нарушено и неправильнымъ пользованіемъ своею фирмою. Равнымъ образомъ и въ тѣхъ же цѣляхъ обозначеніе истца какъ «собственника фирмы» было бы желательно замѣнить общимъ выраженіемъ «по требованію заинтересованнаго лица»¹⁾.

II.

Потребность въ защитѣ фирмы можетъ выходить и за предѣлы территоріи государства. При современномъ развитіи торговли и промышленности во всѣхъ странахъ насчитывается немало предпріятій, районъ дѣйствій которыхъ составляетъ не одно, а нѣсколько государствъ, причемъ въ иныхъ случаяхъ обороты торгово-промышленнаго дѣла пріобрѣтають міровой характеръ, а соотвѣтственно фирма—всемирную извѣстность.

Этотъ жизненный интересъ торгово-промышленнаго дѣятеля—охранять всюду, гдѣ окажется нужнымъ, право на свою фирму—получилъ въ настоящее время полное удовлетвореніе, ибо означенный вопросъ входитъ въ кругъ тѣхъ, кои составляютъ предметъ международной

¹⁾ Эти пожеланія автора, высказанныя имъ въ засѣданіи междувѣдомственной комисіи по разсмотрѣнію проекта правилъ о формѣ, составленнаго Министерствомъ Торговли и Промышленности, приняты означенною комисіей во вниманіе.

конвенції по зашитѣ промышленной собственности, заключенной впервые въ 1883 г. въ Парижѣ и заново пересмотрѣнной въ 1911 г. въ Вашингтонѣ.

Къ означенной конвенції примкнуло 22 государства, и, такимъ образомъ, дѣйствіе ея простирается на весь культурный міръ, за исключеніемъ Россіи, не присоединившейся до сихъ поръ къ международному союзу по зашитѣ промышленной собственности.

Согласно § 8 вашингтонской конвенції, «торговое имя пользуется защитой во всѣхъ странахъ союза безъ обязательной заявки и независимо отъ того, входитъ ли оно въ составъ фабричнаго или торговаго знака или нѣтъ».

Подъ терминомъ торговое имя текстъ конвенції подразумеваетъ и употребленіе гражданскаго имени въ торговлѣ и фантастическихъ названій, и фирмы въ подлинномъ смыслѣ этого слова, и наименованій заведеній.

При этой ширинѣ понятія торговаго имени (по commercial) необходимы были двѣ оговорки, внесенныя въ цитированную выше статью конвенції. Регистрація существуетъ не во всѣхъ государствахъ, а потому нельзя дѣлать объектомъ охраны только зарегистрированную фирму; но зато для подданныхъ странъ, гдѣ существуютъ фирменный институтъ и регистрація, не требуется, чтобы защищаемая ими на территоріи союза фирма была непременно зарегистрирована. Вторая оговорка § 8 конвенції объясняется исторически. Въ основѣ конвенції лежитъ международная охрана товарныхъ знаковъ и привилегій на изобрѣтенія, а потому показалось цѣлесообразнымъ отбѣнить возможность самостоятельной защиты торговаго имени.

Основное начало конвенції по зашитѣ промышленной собственности заключается въ оставленіи въ полной неприкосновенности національнаго законодательства; вслѣдствіе этого охрана торговаго имени происходитъ въ каждой странѣ соотвѣтственно ея законодательству по означенному предмету. Поэтому охрана предоставляется совершенно независимо отъ того, поскольку данное торговое имя защищено законами своего отечественнаго законодательства. Это послѣднее служить только основаніемъ для опредѣленія того, поскольку претендующій

на охрану данного торгового имени управомоченъ на пользованіе таковымъ.

На основаніи § 2 вашингтонской конвенціи, подданные или граждане каждой изъ договаривающихся странъ приравнены въ отношеніи законнаго огражденія ихъ правъ къ мѣстнымъ (туземнымъ) подданнымъ. Слѣдующій § 3 той же конвенціи приравниваетъ къ поданнымъ или гражданамъ договаривающихся странъ еще одну категорію лицъ, а именно тѣхъ изъ не подданныхъ входящихъ въ составъ союза государствъ, кои «проживаютъ или имѣютъ дѣйствительныя и серьезныя промышленныя и торговыя заведенія на территоріи одной изъ странъ, примкнувшихъ къ союзу ¹⁾».

Этотъ § 3 даетъ возможность нѣкоторымъ русскимъ подданнымъ воспользоваться преимуществами, предоставляемыми конвенціей. Тѣ русскія предпріятія, кои имѣютъ филиалы за границей, пользуются охраной своего торгового имени во всѣхъ 22 государствахъ союза. Зато охрана торгового имени для русскихъ, не имѣющихъ за границей торгово-промышленнаго обзаведенія, основывается не на конвенціи.

Охрана торгового имени въ иностранныхъ государствахъ базируется для русскихъ подданныхъ на двухъ основаніяхъ: 1) законодательствѣ каждой отдѣльной страны, въ зависимости отъ того, допускаетъ ли оно къ охранѣ своихъ правъ иностранцевъ или же ихъ отъ этого исключаетъ и 2) русскомъ законодательствѣ въ отношеніи иностранцевъ, въ виду почти повсемѣстно принятаго начала предоставленія защиты на принципѣ взаимности.

Остановливаясь, прежде всего, на русскомъ законодательствѣ, необходимо отмѣтить, что оно въ отношеніи защиты правъ иностранныхъ подданныхъ приравниваетъ ихъ къ русскимъ подданнымъ. Съ одной стороны, ст. 828 законовъ о состояніяхъ (св. зак. т. IX, изд. 1899 г.) предоставляетъ иностранцамъ брать промысловыя свидѣтельства и пользоваться всѣми соединенными со взятіемъ

¹⁾ Въ силу особой оговорки, сдѣланной въ § 2, ограниченіе, изложенное въ § 3, никоимъ образомъ не относится къ подданнымъ государствъ, примкнувшихъ къ союзу.

такихъ свидѣтельствъ правами «наравнѣ съ природными подданными Имперіи», съ другой—въ судопроизводственныхъ законахъ не содержится никакихъ ограниченій предъявленія исковъ иностранными подданными ¹⁾).

Во Франціи вопросъ о правахъ иностранцевъ на охрану торговаго имени рѣшается ст. 9 закона 26 ноября 1873 г., согласно которой французскіе законы относительно защиты торговаго имени будутъ имѣть примѣненіе и для иностранцевъ, если законодательствомъ ихъ государствъ или особыми соглашениями такія же гарантіи предоставлены французскимъ гражданамъ. Такимъ образомъ, условіемъ пользованія защитой торговаго имени во Франціи являются дипломатическая или законодательная взаимности (*réciprocité diplomatique ou législative*).

Дипломатической взаимности, основанной на договорахъ и трактатахъ, у насъ съ Франціей не имѣется. Трактатъ 1874 г. касается исключительно торговыхъ знаковъ, а торговая конвенція 1905 г. хотя и содержитъ въ ст. 9 обѣщаніе разсмотрѣть вопросы о взаимной защитѣ, между прочимъ, и «наименованій торговыхъ фирмъ» (*des noms commerciaux*), но обѣщаніе это осталось, насколько извѣстно, невыполненнымъ.

Наоборотъ, законодательную взаимность между Россіей и Франціей можно признать, хотя и съ нѣкоторою натяжкой. Во Франціи торговое имя защищено двумя законами: общимъ — § 1382 гражданскаго кодекса — и спеціальнымъ — закономъ 1824 г. о выставленіи имени на произведеніяхъ фабричной промышленности. По мнѣнію французскихъ юристовъ, ст. 684 русскихъ законовъ гражданскихъ соотвѣтствуетъ § 1382 гражданскаго кодекса, а законъ 1824 г. не находитъ себѣ подобнаго въ русскомъ законодательствѣ. Поэтому защитой § 1382 гражд. ко-

¹⁾ Незначительное ограниченіе составляетъ п. 5 ст. 571 уст. гражд. судопр., согласно которому отвѣтчикъ можетъ предъявить отводъ, если истецъ иностранецъ, не состоящій въ русской службѣ и не владѣющій въ Россіи недвижимымъ имуществомъ, не представить обезпеченія убытковъ, которые можетъ понести отвѣтчикъ; впрочемъ и это ограниченіе отпало въ отношеніи многихъ государствъ послѣ заключенія международной гаагской конвенціи.

декса—а эта охрана самая существенная — русскіе могут пользоваться во Франціи ¹⁾).

Въ Германіи защита торговаго имени возможна на основаніи нѣкоторыхъ статей гражданскаго (§ 826) и торговаго (§ 37) уложеній и закона о недобросовѣстной конкуренціи (§ 16). Что касается распространенія обоихъ уложеній на иностранцевъ, то этотъ вопросъ не возбуждаетъ сомнѣній и рѣшается въ утвердительномъ смыслѣ, но охрана закона о недобросовѣстной конкуренціи, наоборотъ, не предоставлена иностранцамъ. Согласно § 28 этого закона, иностранцы, имѣющіе на германской территоріи главное заведеніе, пользуются защитой означеннаго закона, но если не удовлетворяютъ указанному условію, то могутъ претендовать на охрану лишь при наличности взаимности. О такой законодательной взаимности должно быть опубликовано имперскимъ канцлеромъ въ имперскомъ указателѣ законовъ (Reichsgesetzblatt).

Такъ какъ аналогичныхъ закону 1909 г. законовъ нигдѣ, кромѣ Германіи, не существуетъ, то и ни одного опубликованія въ указателѣ о законодательной взаимности до сихъ поръ не послѣдовало.

Поэтому русскіе подданные въ Германіи могутъ защищать свое торговое имя, главнымъ образомъ, на основаніи § 826 гражданскаго уложенія. Впрочемъ, и эта возможность сомнительна, ибо среди германскихъ юристовъ идетъ споръ, сохранила ли статья 826 гражданскаго уложенія въ случаяхъ недобросовѣстной конкуренціи силу, въ виду наличности общей клаузулы, выраженной въ § 1 закона о недобросовѣстной конкуренціи.

Въ Австріи иностранцы пользуются защитой при условіи дипломатической взаимности. Въ договорѣ о торговлѣ и мореплаваніи Россіи съ Австріей отъ 2 (15) февраля 1906 г. предусмтрѣно, что до заключенія въ возможно скорѣйшемъ времени особой конвенціи остаются въ силѣ постановленія, касающіяся взаимной защиты «именъ торговыхъ фирмъ». Конвенции, о которой упоминаетъ трактатъ 1906 г., до сихъ поръ не заключено.

¹⁾ Baitry, op. cit., page 207—222. Pouillet, op. cit., § 857 и слѣд.

Такимъ образомъ, ближайшее разсмотрѣніе вопросъ о возможности защиты русскаго торговаго имени заграницей служить еще однимъ лишнимъ аргументомъ въ пользу высказанныхъ уже въ специальныхъ работахъ доводовъ о необходимости скорѣйшаго присоединенія Россіи къ международному союзу по защитѣ промышленной собственности.

III.

Переходя, наконецъ, къ разсмотрѣнію способовъ защиты торговаго имени, необходимо отмѣтить, что такихъ мыслимо три: 1) уголовное наказаніе за неправильное пользованіе фирмою, 2) искъ, имѣющій цѣлью прекращеніе неправомѣрнаго пользованія фирмою и 3) искъ, направленный на возмѣщеніе убытковъ, причиненныхъ неправомѣрнымъ пользованіемъ фирмою.

Само по себѣ нарушеніе фирменнаго права не влечетъ уголовной реакціи. Только въ нѣкоторыхъ особыхъ случаяхъ намѣреннаго злоупотребленія фирмою виновный можетъ подвергнуться уголовному наказанію, главнымъ образомъ, когда фирма неправомѣрно употребляется въ качествѣ товарнаго знака. Такъ, по германскому праву (§ 14 закона о товарныхъ знакахъ), намѣренное снабженіе товара или его упаковки, а равно бланковъ, счетовъ и другихъ документовъ чужою фирмою или именемъ, а также распространеніе такого товара влечетъ штрафъ 150—5.000 марокъ или тюремное заключеніе до 6 мѣсяцевъ. Равнымъ образомъ, старый законъ 1824 г. во Франціи о защитѣ имени и фирмы, поскольку послѣднія были выставлены на фабричныхъ произведеніяхъ, подвергалъ лицъ, виновныхъ въ выставленіи чужого имени или фирмы, уголовному наказанію, предусмотрѣнному ст. 423 уголовного кодекса. Нынѣ эта санкція замѣнена другой (закономъ 1 августа 1905 г.) и состоитъ въ штрафѣ отъ 100 до 5.000 франковъ, тюремномъ заключеніи отъ 3 мѣсяцевъ до 1 года или кумуляціи обоихъ видовъ упомянутыхъ наказаній. Аналогично содержаніе § 24 австрійскаго закона о товарныхъ знакахъ, который, впрочемъ, наказываетъ не только за употребленіе чужого имени или фирмы въ качествѣ товарнаго знака, но приравниваетъ

сюда случаи столь незначительнаго измѣненія имени и фирмы, которые могутъ быть замѣчены обыкновеннымъ покупателемъ только при наличности съ его стороны особаго вниманія. Наказаніе за этотъ проступокъ— штрафъ 500—2.000 фр., или арестъ отъ 3 мѣсяцевъ до 1 года, или кумуляція обоихъ этихъ наказаній. Наше право, карающее вообще нарушеніе чужого товарнаго знака уголовнымъ порядкомъ, не выдѣляетъ особо случаевъ, о коихъ выше была рѣчь. Однако, въ силу ст. 161⁵ — имя и фирма составляютъ естественный знакъ cadaго торговца или промышленника, представляемый ему и безъ заявки въ исключительное пользованіе. Такимъ образомъ, пользованіе въ качествѣ знака чужимъ именемъ или фирмою является всегда проступкомъ уголовнымъ, — нарушеніемъ чужого товарнаго знака.

Такое выдѣленіе одного случая нарушенія чужого фирменнаго права изъ ряда другихъ и значительное усиленіе отвѣтственности за такое нарушеніе, по сравненію съ отвѣтственностью за прочія нарушенія, объясняется тѣмъ, что, съ одной стороны, товарный знакъ является наиболѣе интенсивнымъ, индивидуализирующимъ отличіемъ, съ другой—что опасность породить смѣшеніе двухъ предпріятій въ сферѣ употребленія знака гораздо сильнѣе даетъ себя чувствовать, чѣмъ въ другихъ областяхъ конкурирующей дѣятельности.

Знакъ, будучи связанъ только съ товаромъ, служить въ цѣляхъ индивидуализаціи предпріятія и пріобрѣтенія имъ извѣстности даже и тогда, когда самъ товаръ уже вышелъ изъ предѣловъ заведеній даннаго предпріятія. Широкая торговая репутація, дающая возможность сбыта на территоріи не только одного, но и нѣсколькихъ государствъ, завоевывается преимущественно путемъ становящихся популярными товарныхъ знаковъ. При помощи этихъ послѣднихъ предпріятіе пріобрѣтаетъ кліентеллу сразу же въ тысячахъ мѣстъ продажи, достигаетъ въ короткій срокъ большихъ результатовъ, чѣмъ за долгіе годы общенія съ публикою только черезъ свои собственные заведенія. Но когда предпріятіе завоевываетъ себѣ торговую извѣстность и кліентеллу при помощи товарнаго знака, таковой является единственнымъ способомъ

установленія въ умѣ покупателя связи между продуктомъ и его производителемъ, между товаромъ и его продавцомъ. Въ то время, какъ при продажѣ изъ заведеній предпріятія цѣлая совокупность индивидуализирующихъ признаковъ дѣйствуетъ на память покупателя (вывѣска, фирма, мѣстоположеніе и внѣшній видъ заведенія и т. п.), при распространеніи товара черезъ посредниковъ приходится возлагать всю надежду только на легкую запоминаемость знака и на рѣзкую его отличительность отъ другихъ товарныхъ марокъ. Этими особенностями функций товарнаго знака и объясняется повсемѣстно принятое усиленіе отвѣтственности за нарушеніе чужой фирмы, поскольку таковая употреблена была нарушителемъ именно въ видѣ товарнаго знака.

Новѣйшій правительственный проектъ о фирмахъ дѣлаетъ еще шагъ впередъ и проектируетъ статью 1197¹ уложенія о наказаніяхъ, карающую тюремнымъ заключеніемъ на время до 6 мѣсяцевъ лицъ, виновныхъ въ умышленномъ нарушеніи права на фирму. Не отрицая полезности уголовной кары въ качествѣ высшей мѣры репрессіи противъ нарушенія фирменнаго права, нельзя не отмѣтить пожеланія объ ограниченіи примѣненія уголовной статьи къ случаямъ, когда дѣйствительно она у мѣста, ибо иначе всѣ случаи нарушенія фирмы, хотя бы въ цѣляхъ ускоренія процессовъ, будутъ вестись въ уголовномъ порядкѣ (ибо посредствомъ гражданскаго иска въ уголовномъ процессѣ возможно привлечь виновнаго къ матеріальной отвѣтственности въ полной мѣрѣ). Подобный режимъ врядъ-ли желателенъ, и отсюда—необходимость нѣкотораго ограниченія диспозиціи проектированной ст. 1197¹. На-ряду съ умышленностью дѣянія слѣдовало бы отмѣнить субъективную виновность прибавленіемъ критерія «завѣдомости» и указать на цѣль уголовно преслѣдуемаго дѣянія—въ цѣляхъ вызвать смѣшеніе между двумя предпріятіями.

Гражданскій искъ, вызванный нарушеніемъ права на фирму, имѣетъ, прежде всего, цѣлью прекратить въ настоящее время неправомѣрное употребленіе фирмы, далѣе обезпечить истца отъ нарушенія его права въ будущемъ и, наконецъ, дать ему удовлетвореніе за понесенный имъ въ прошломъ отъ дѣйствій отвѣтчика ущербъ. Та-

кимъ образомъ, гражданскій искъ имѣть извѣстныя претензіи, относящіяся къ прошлому, настоящему и будущему. Во всѣхъ трехъ случаяхъ предполагается различное воздѣйствіе на волю отвѣтчика. Убытки прошлаго возмѣщаются опредѣленною денежною суммою; отвѣтчикъ присуждается судомъ къ уплатѣ въ опредѣленномъ размѣрѣ, и единственный вопросъ, здѣсь возникающій, касается метода и способа опредѣленія размѣровъ уплачиваемыхъ отвѣтчикомъ истцу убытковъ. Прекращеніе неправомернаго пользованія фирмою выражается въ формѣ запрещенія отвѣтчику опредѣленныхъ дѣйствій. Здѣсь, слѣдовательно, стоитъ на первомъ мѣстѣ добровольное подчиненіе отвѣтчика судебному запрету. Если отвѣтчикъ на путь добровольнаго подчиненія не встанетъ, открывается перспектива насильственнаго принужденія его посредствомъ ведущихъ къ этой цѣли позитивныхъ дѣйствій (снятіе вывѣски съ неправильной фирмою, конфискація бланковъ съ такимъ же обозначеніемъ и т. п.).

Насильственное или добровольное подчиненіе отвѣтчика судебному запрету не достаточно еще гарантируетъ интересы истца. Послѣднему важно, чтобы отвѣтчикъ не сталъ возобновлять своего неправомернаго пользованія фирмою, не заставляя бы постоянно вчинять все новые и новые иски. Другими словами, истцу необходима гарантія *de non amplius turbando*, какъ выражались римскіе юристы. Эта гарантія можетъ быть достигнута лишь путемъ установленія такого психическаго принужденія надъ волею отвѣтчика, которое приведетъ этого послѣдняго къ добровольному воздержанію отъ нарушенія правъ истца.

Таковы сложныя функціи иска о нарушенномъ фирменномъ правѣ. Теперь нужно разсмотрѣть, какимъ образомъ эти функціи осуществляются въ законодательствѣ и судебной практикѣ отдѣльныхъ государствъ.

Въ искѣ объ убыткахъ истцу приходится доказывать: 1) основаніе убытковъ, 2) причинную связь между основаніемъ и фактомъ убытковъ и 3) размѣръ убытковъ.

Въ случаяхъ неправомернаго пользованія фирмою, доказываніе основанія убытковъ не представляетъ по общему правилу особаго затрудненія. Труднѣе, но все же

мыслимо, доказать причинную связь между наличностью ущерба и основаніемъ таковаго, но уже совершенно невозможно указать, какая часть наличнаго убытка (*damnum emergens*) можетъ быть отнесена именно на данную причину, а равно оцѣнить въ точныхъ цифрахъ недостающую прибыль (*lucrum cessans*). Поэтому въ дѣлахъ объ убыткахъ весьма существенно допущеніе оцѣнки размѣра причиненнаго отвѣтчикомъ ущерба справедливымъ усмотрѣніемъ суда, соотвѣтственно обстоятельствамъ каждаго конкретнаго случая. Въ предѣлахъ субъективно понимаемой справедливости, судъ долженъ быть свободенъ въ своемъ усмотрѣніи (то, что французы называютъ *pouvoir souverain des tribunaux*). Этотъ способъ оцѣнки убытковъ принять на западѣ повсемѣстно; безъ примѣненія его невозможны и самые процессы о нарушеніи права на фирму, и получается то положеніе, которое технически именуется отказомъ въ правосудіи.

Недопущеніе свободного усмотрѣнія судьи въ оцѣнкѣ размѣра убытковъ есть постоянный камень преткновенія въ русскихъ судебныхъ процессахъ о защитѣ права на торговое имя и вообще индивидуальныя признаки предпріятія или торгово-промышленной дѣятельности. Наглядною иллюстраціей того, къ какимъ результатамъ приводитъ требованіе доказыванія размѣра убытковъ, служить одинъ изъ недавнихъ процессовъ—товарищества с.-петербургскаго механическаго производства обуви подъ фирмою «Скороходъ» съ купцомъ Максимовымъ, имѣвшій мѣсто въ спб. окружномъ судѣ. Въ этомъ случаѣ судъ допросилъ нѣсколькихъ свидѣтелей, удостовѣрившихъ, что, вслѣдствіе употребленія Максимовымъ на вывѣскахъ наименованій «Механическая обувь» и «Скороходы», они были введены въ заблужденіе и купили обувь въ магазинѣ Максимова, думая, что пріобрѣтаютъ этотъ товаръ въ магазинѣ товарищества «Скороходъ». Судъ присудилъ въ пользу истца только сумму цѣны покупокъ допрошенныхъ свидѣтелей!

Впрочемъ, въ настоящее время замѣчаются признаки наступленія лучшаго будущаго. Съ одной стороны, въ отдѣльныхъ случаяхъ принципъ опредѣленія убытковъ, по справедливому судейскому усмотрѣнію, нашелъ уже

себѣ мѣсто въ дѣйствующемъ законѣ. Такъ, въ одной изъ статей гражданскихъ законовъ (ст. 662, т. X, ч. I) предусмѣрено опредѣленіе вознагражденія дѣвицъ за обезображеніе, по усмотрѣнію суда, далѣе тотъ же принципъ примѣненъ въ новомъ законѣ объ авторскомъ правѣ (Собр. узак. и расп. прав. 1911 г., ст. 560, § 23, 24). Съ другой стороны, еще большая роль отводится означенному началу въ сферѣ *de lege ferenda*, по правительственнымъ проектамъ.

Такъ, въ составѣ книги V (обязательства) будущаго гражданского уложенія имѣется ст. 1185 (по окончательному проекту) слѣдующаго содержанія: «если установленіе размѣра вознагражденія за вредъ, причиненный недозволеннымъ дѣяніемъ, по свойству требованія, не можетъ быть подчинено общему правилу о подтвержденіи иска доказательствами, то вознагражденіе можетъ быть назначено судомъ по его справедливому усмотрѣнію, основанному на соображеніи всѣхъ обстоятельствъ дѣла». Далѣе, заслуживаетъ упоминанія, что новѣйшій проектъ о фирмахъ Министерства Торговли и Промышленности также предусматриваетъ, что «сумма убытковъ (отъ неправильнаго пользованія фирмою), по соображенію обстоятельствъ дѣла, опредѣляется судомъ по справедливому усмотрѣнію». Такимъ образомъ, по вхожденіи въ законную силу обоихъ, упомянутыхъ выше, проектовъ, процессы объ убыткахъ по неправомѣрному пользованію фирмами спеціальнымъ закономъ будутъ отнесены къ числу тѣхъ изъятій изъ общаго правила «о подтвержденіи иска доказательствами», о которыхъ говорить цитированная выше ст. 1185 проекта гражданского уложенія.

Вопросъ о прекращеніи неправомѣрныхъ дѣйствій отвѣтчика по употребленію фирмы и по предупрежденію въ будущемъ такихъ дѣйствій относится къ сферѣ дѣйствія т. наз. иска о воспрепятствованіи, изслѣдованіе юридической природы коего составляетъ въ настоящее время одну изъ очередныхъ темъ процессуальной науки ¹⁾.

¹⁾ Гордонъ. — Очередные вопросы въ литературѣ гражданского процесса. — Вѣстникъ гражданского права 1913 г. № 4, стр. 133—155.

Воспрещеніе въ смыслѣ запрета неправомѣрныхъ дѣйствій можетъ выразиться въ ожиданіи и положительнаго или отрицательнаго поведенія отвѣтчика; прямое принужденіе, въ случаѣ неисполненія отвѣтчикомъ постановленія суда, возможно только въ сферѣ положительныхъ дѣйствій. Для отрицательныхъ дѣйствій и для избѣжанія повторенія неправомѣрнаго поведенія отвѣтчика дѣйствительно лишь психическое принужденіе на волю обязаннаго лица.

Въ этомъ отношеніи германское право оказывается богатымъ средствами воздѣйствія. Согласно ст. 890 германскаго гражданскаго судопроизводства, каждое конкретное неподчиненіе рѣшенію суда влечетъ для отвѣтчика денежный штрафъ до 1.500 м. или арестъ до 6 мѣсяцевъ, причемъ въ совокупности личное наказаніе не должно превышать срока двухъ лѣтъ. Присужденію предшествуетъ угроза наказаніемъ, дѣлаемая, по требованію истца, судомъ первой инстанціи. Кромѣ того, возможно истребованіе судомъ на опредѣленное время обезпеченія вреда, который могъ бы быть причиненъ послѣдующими дѣйствіями отвѣтчика.

Мѣры эти могутъ быть приняты даже при рѣшеніи дѣла въ судѣ первой инстанціи, если существуетъ опасность повторенія неправомѣрныхъ дѣйствій со стороны отвѣтчика. Интересно отмѣтить, что оцѣнка наличности этой опасности идетъ съ теченіемъ времени въ сторону расширенія защиты интересовъ истца.

Если въ 1907 г. Лобе, съ ссылкою на Эльтцбахера ¹⁾, находилъ, что возможность повторенія со стороны отвѣтчика неправомѣрныхъ дѣйствій должна быть объективно обоснованной и недостаточно лишь одной вѣроятности, то имперскій судъ въ 1912 г. сталъ на точку зрѣнія именно «конкретной вѣроятности», основанной на обстоятельствахъ и, главнымъ образомъ, общемъ поведеніи отвѣтчика ²⁾.

Аналогичны приведеннымъ нѣмецкимъ положеніямъ и постановленія образцоваго австрійскаго устава судо-

¹⁾ Lobe. — Die Bekämpfung des unlauteren Wettbewerbs. Bd. I, 1907. S. 342, 343.

²⁾ Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen. 1912. Bd. 78, № 46.

производства, датированнаго 1896 г. Но для насъ еще интереснѣе французскій порядокъ, гдѣ, какъ и въ Россіи, нѣтъ специальныхъ нормъ, предусматривающихъ послѣдствія отъ неисполненія отвѣтчикомъ судебного рѣшенія.

Французская судебная практика давно уже стала на путь установленія особыхъ штрафовъ—неустоекъ (*astreinte*), налагаемыхъ на отвѣтника или за невыполненіе къ сроку рѣшенія или за повтореніе неправомѣрныхъ дѣйствій. Правда, эта практика водворилась во французскихъ судахъ не безспорно, и возможность установленія такихъ штрафовъ обсуждалась подъ флагомъ, допустимо ли присужденіе будущихъ убытковъ (*dommages et intérêt pour l'avenir*), но господствующее мнѣніе рѣшаетъ означенныя сомнѣнія въ утвердительномъ смыслѣ, исходя; съ одной стороны, изъ несомнѣнной пользы этого института, съ другой—изъ отсутствія прямого запрещенія такого образа дѣйствій въ законѣ ¹⁾.

Этихъ послѣдствій иска о воспрещеніи ни нашъ законъ, ни практика не знаютъ. Такимъ образомъ, какъ и въ вопросѣ о возмѣщеніи убытковъ, нашъ порядокъ и въ данномъ случаѣ отстаетъ отъ западнаго. Въ проектѣ измѣненія устава гражданскаго судопроизводства предусмотрѣны возможность требованія отъ должника обезпеченія убытковъ и штрафъ до 300 р. за неисполненіе рѣшенія суда, но осуществленіе этой полезной мѣры—дѣло будущаго.

Въ заключеніе нельзя не упомянуть еще объ одномъ средствѣ защиты противъ нарушенія права на фирму—объ опубликованіи въ газетахъ рѣшенія суда по постановленію послѣдняго и за счетъ осужденной стороны. Примѣнимое на западѣ въ довольно широкихъ размѣрахъ, оно почти совершенно неизвѣстно въ Россіи. Во Франціи, напр. ст. 1036 уст. гражд. судопр. даетъ судамъ полномочіе, въ зависимости отъ важности дѣла, постановлять объ опубликованіи рѣшеній, причемъ, согласно толкованію кассационнаго суда, правило ст. 1036

¹⁾ Pouillet.—Traité des marques de fabrique et de la concurrence déloyale. Paris, 1912, page 1082—1083.—Allart.—Traité de la concurrence déloyale. Paris, 1892, page 339—340.

уст. гражд. судопр. можетъ быть примѣнимо и къ приговорамъ по уголовнымъ дѣламъ. Судъ постановляетъ объ опубликованіи, если осужденный самъ прибѣгалъ къ услугамъ прессы при совершеніи дѣйствій, давшихъ основаніе къ его осужденію. Русскій законъ знаетъ только два частныхъ случая опубликованія приговора по постановленію суда—при оправдательныхъ приговорахъ (ст. 975 уст. угол. судопр.) и обвинительныхъ по дѣламъ о клеветѣ (ст. 1536 улож. о наказ.). Распространеніе указанныхъ исключительныхъ случаевъ въ общее какъ по гражданскимъ, такъ и уголовнымъ дѣламъ правило, примѣненіе коего было бы предоставлено усмотрѣнію суда, имѣло бы благотворное воздѣйствіе, потому что такая мѣра, какъ опубликованіе судебного рѣшенія, можетъ до извѣстной степени обезвредить повторныя и продолжающіяся неправомѣрныя дѣйствія отвѣтника по употребленію фирмы. Поэтому воспроизведеніе этой мѣры въ русской жизни весьма желательно ¹⁾.

¹⁾ Подр. см. мою статью въ № 261 за 1913 г. Торгово-Промышленной газеты. «Опубликованіе судебныхъ рѣшеній».